نظرية العقد في الفقه الإسلامي

« دراسة فقهية مقارنة »

الدكتور
محمد سراج
أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية
كلية الحقوق ـ جامعة الاسكندرية

توطئة

تعد نظرية العقد من أهم النظريات الكاشفة عن جوهر أي نظام قانوني والمعبرة عن خصائصه واتجاهاته العامة، وذلك لتعلق هذه النظرية بكثير من المفاهيم الحقوقية الأساسية ، كمفهوم الملكية الخاصة وحق المالك في التصرف فيما يملكه ومدى تقيده بما يفرضه عليه المجتمع من قيود في تصرفه هذا . وترتبط قواعد نظرية العقد على هذا النحو بالحريات العامة في المجتمع. ونظراً لهذه الأهمية فإن برامج الدراسة في كليات الشريعة والقانون لا تخلو من إفراد نظرية العقد بالدراسة، حتى يتعرف طلاب هذه الكليات على مفاهيم هذه النظرية المتعلقة بكثير من جوانب النظام القانوني موضع الدراسة .

وأتناول في هذا البحث جوانب نظرية العقد لدى الفقهاء المسلمين ، مع الربط بين آرائهم وبين ما أخذ به التفكير القانوني بالإيجاز الذي تسمح به طبيعة هذه الدراسة والحيز المقدر لها . والقصد من ذلك هو تمكين الطالب المبتدئ في دراسة الفقه الإسلامي من التعرف على المبادئ والقواعد الأساسية التي تتألف منها نظرية العقد الفقهية .

وتعني النظرية المفهوم العام أو التصور المجرد التي يؤلف نظاماً قانونياتندرج تحته القواعد والضوابط والفروع المتعلقة بهذا النظام. وذلك كنظرية الملكية ونظرية الحق ونظرية الذمة ونظرية المسئولية ونظرية التعسف في استعمال الحق، وما إلى ذلك من نظريات يضمها البناء الفقهي. وعلى الرغم من وضوح هذه النظريات لدى الفقهاء المسلمين فإنهم قد اختاروا التعبير عن الأحكام الفقهية في كتبهم التي بين أيدينا بذكر الفروع والمسائل الجزئية وأحكامها، مع تعرض للضوابط التي تحكم النظر الفقهي في كل باب . والضوابط عبارة عن أحكام كلية تختص بباب معين من الأبواب الفقهية، كباب النكاح والميراث والقصاص. أما

القواعد فهي أحكام كلية تندرج تحتها جزئيات عديدة لا تنحصر في باب بعينه ، وإنما تتألف النظريات من هذه الضوابط والفروع . أما القواعد الكلية العامة فهي أشمل من هذه النظريات .

وإذا كان للفقهاء المسلمين في الماضي طريقتهم في الصياغة والتعبير على النحو الذي ناسب ظروفهم وتطورهم، فإن الباحثين المحدثين قد اهتموا كثيراً بالتركيز على النظريات لتوضيحها ودراسة جوانبها ومعرفة الضوابط والفروع التي تضمنها .

وقد أثبتت هذه الطريقة ملاءمتها لظروف التفكير القانوني الحديثة ، وأقدرت الدراسات الفقهية على المقارنة مع الأحكام القانونية الوضعية لتعريف الطالب بمزايا الفقه الإسلامي وثراء جوانبه .

وتستدعي هذه الطريقة الجديدة في الصياغة عدم الاقتصار على كتب الفقه الخاصة بعرض أحكام الفروع وحدها، والاعتماد مع ذلك على كتب القضاء والقواعد الفقهية وأصول الفقه ومقاصد الشريعة وتخريج الفروع على الأصول والسياسة الشرعية (١) . ولا شك في أن صياغة أحكام الفقه الإسلامي على هذا النحو قد يسرت سبل فهمه وقربته إلى أذهان طلابه المبتدئين في دراسته وأقدرتهم على الموازنة بين أحكامه وبين ما يناظرها من القوانين الوضعية . ومن شأن هذه الجهود أن تسفر في النهاية عن تحقيق النهضة التشريعية التي تتطلع إليها البلاد الإسلامية لتحقيق النهضة في المجالات السياسية والاقتصادية وغيرها .

وغني عن البيان، أن هذه الطريقة في الصياغة التي ظهرت في بدايات هذا القرن على يد أعلام الأساتذة من أمثال المرحومين أحمد إبراهيم وعلى الخفيف ومحمد أبو زهرة والإبياني قد استقرت الآن في الكتابة الفقهية وأصبحت تشكل إطاراً مقبولاً للنظر والتفكير الفقهي ، وهو ما يعني أن الفقه الإسلامي لم يجمد

---

(١) راجع التنظير الفقهي للأستاذ الدكتور جمال عطية ، ص ١٣ وما بعدها .

حتى الآن، وكأنه يتهيأ لأداء دوره المرتقب . وأملي أن يجد الطالب في هذه الدراسة ما يعينه على فهم هذا الدور الذي نرجوه للفقه الإسلامي .

وإنما يتألف هذا البحث من الفصول الثمانية التالية :

* الفصل الأول عن مفهوم العقد وإنشائه .
* الفصل الثاني الأهلية وعيوب الإرادة .
* الفصل الثالث النيابة في التعاقدات .
* الفصل الرابع المحل والسبب والشروط المقترنة بالعقد ومدى سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي .
* الفصل الخامس البطلان في العقود .
* الفصل السادس آثار العقد .
* الفصل السابع ضمان العقد .
* الفصل الثامن انحلال العقد .

الفصل الأول

مفهوم العقد

تقديم :

عني الفقهاء المسلمون ببحث أحكام العقود المسماة كالبيع والإجارة والقرض والشركة وغيرها بتفصيل أحكام كل عقد منها على حدة، دون أن يجمعوا الأحكام العامة لهذه العقود في إطار نظرية معينة للعقد، ولا يعني ذلك أن هذه الأحكام العامة لم تكن في أذهانهم أوبعيدة عن إدراكهم ، لدليل واحد ينفي ذلك، هو أننا نستخلص هذه الأحكام العامة مما قالوه في مواطن متفرقة ، ومما ذكروه في كتب الأصول والقواعد والمقاصد والتخريج للفروع على الأصول. وتجدر الإشارة مع ذلك إلى أن «كتاب البيوع» في المؤلفات الفقهية السابقة هو الذي استوعب أكثر هذه الأحكام .

ومن جهة أخرى فإنه لم يكن لفقهاء المسلمين أن يتجاهلوا هذه الأحكام العامة التي تشكل المفاهيم الأساسية لنظرية العقد . ذلك أن أكثر أحكام المعاملات تدور على هذه النظرية ، وتتعلق بها ، وسيتاح لنا التعرف على آرائهم بشأن مفهوم العقد في هذا الفصل .

المبحث الأول
تعريف العقد ومفهومه

في اللغة :

يطلق العقد في اللغة على عدة معان ، من بينها الربط والشد والتوثيق والإحكام والجمع بين شيئين . ومنه عقد العزم وعقد طرفي الحبل ؛ فعقد العزم في الربط المعنوي وعقد طرفي الحبل في الربط الحسي المادي، وهو بهذا يعم الأمرين معاً . يقول الشوكاني : العقود العهود وأصل العقود الربط واحدها عقد. يقال: عقدت الحبل والعهد، فهو يستعمل في الأجسام والمعاني. وإذا استعمل في المعاني أفاد أنه شديد الإحكام قوي التوثيق . ويعتقد البعض أنه أصل في الربط الحسي مجاز في الربط المعنوي . جاء في تفسير المنار: "العقد الجمع بين أطراف الشئ، أي ربط بعضها ببعض، ويستعمل في الأجسام الصلبة كعقد الحبل وعقد البناء، ثم يستعار ذلك للمعاني نحو عقد البيع والعهد وغيرهما، ومنه عقدة النكاح" [١].

في اصطلاح الفقهاء :

لا يبعد معنى العقد في اصطلاح الفقهاء عن معناه اللغوي، وإن استعملوه مع ذلك في أحد المعنيين التاليين :

أولهما - المعنى العام للعقد الذي يقترب من المعنى اللغوي، ويكاد يفيد معنى الالتزام، سواء نشأ هذا الالتزام من اتفاق بين طرفين أو بإرادة منفردة . ويجمع العقد بهذا ما يعزم المرء على إيقاعه بإرادته أو بالاتفاق عليه مع غيره. وطبقاً لهذا المعنى العام فإن ما يطلق عليه العقد هو كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعي، سواء كان صادراً من طرف واحد كالنذر والطلاق والصدقة أم صادراً

---

(١) تفسير المنار ٦/٩٨ .

من طرفين متقابلين كالبيع والإجارة .

أما الثاني - فهو المعنى الخاص للعقد الذي يقتصر على الالتزام الناشئ عن اتفاق بين طرفين . وهذا المعنى هو المتداول وهو الذي ينصرف إليه معنى العقد عند إطلاقه لدى الفقهاء وهو المقصود في الاستعمال الحديث .

وبهذا المعنى الخاص جاء تعريف العقد في العناية بأنه :

" ما يتم به الارتباط من كلام وغيره كالإشارة والكتابة ويترتب عليه التزام بين طرفين" . والعقد طبقاً لما أورده الدسوقي :"ما يتوقف على إيجاب وقبول" (١) . ولا يخرج تعريفه عن التعريف الذي جاء في العناية .

وفي المادة (١٠٣) من مجلة الأحكام العدلية أن « العقد التزام المتعاقدين أمراً وتعهدهما به ، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول». وفي المادة (١٠٤) من المجلة أن « الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخرعلى وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما» .

ولا يخرج ما جاء في مرشد الحيران في تعريف العقد عن ذلك جاء في مادته رقم (٢٦٢) أن : «العقد هو عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه».

تعريف العقد :

لا يشتمل القانون المصري على تعريف للعقد، قصداً إلى تجنب التعريفات الفقهية . ومع ذلك فقد جاء تعريفه في المادة (٧٣) من مشروع القانون المدني طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية بأنه هو "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه".

---

(١) حاشية الدسوقي ٣/٥ .

ولا يختلف هذاالتعريف في نصه ولفظه عما جاء بالمادة (٧٣) من القانون المدني العراقي الصادر عام ١٩٥٣ ر ويتفق هذا التعريف بوجه العموم كذلك مع ما جاء في المادة (٨٧) من القانون المدني الأردني، ونص هذه المادة : "العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه . ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر" .

وتتفق هذه التعريفات مع التعريفات الفقهية للعقد بمعناه الخاص في الأمور التالية :

١. أن العقد لا ينعقد الابوجود عاقدين ، فالشخص الواحد لا يبرم بإرادته المنفردة عقداً. وتصلح الإرادة المنفردة لإحداث الآثار الشرعية المترتبة عليها كإنهاء الزواج بنطق الزوج بالطلاق، وكلزوم النذو والوقف بعبارة الناذر والواقف، لكن ما تنشئه الإرادة المنفردة لا يعد عقداً في الاصطلاح الذي صار إليه كثير من الفقهاء. يدل على التفريق بين العقد والإرادة المنفردة قول الدسوقي : "العقود هي ما تتوقف على إيجاب وقبول. وأما غيرها من الطلاق وما بعده فهي إخراجات ولا تتوقف على إيجاب وقبول" . وإنما يطلق الفقهاء لفظ العقد أحياناً على ما يشمل التصرفات التي تتم بإرادة منفردة كالطلاق والوقف والوصية بالمعنى العام للعقد .

٢. لاينعقد العقد إلاّ بالصيغة الدالة على رضا طرفي العقد به . ولا يشترط في هذه الصيغة أن تكون على هيئة معينة أو بشكل خاص، ما دامت تدل على الرضا . وما يصدر دالاً على الرضا من أحد العاقدين يسمى إيجاباً وما يصدرمن المتعاقد الآخر يسمى قبولاً .

٣. لا ينعقد العقد بمجرد صدور الإيجاب والقبول، بل يلزم تعلق كل منهما بالآخر شرعاً، وذلك بأن يتصل الإيجاب والقبول دون فصل بينهما، كما

يلزم كذلك أن يتفق الإيجاب والقبول فيما وردا عليه .

٤. يلزم لإنشاء العقد أن يثبت تأثير الاتفاق في المعقود عليه أو محل العقد . فإذا لم يوجد محل للاتفاق تظهر فيه آثاره لم يكن هناك عقد ، كما لو اتفق أحمد ومحمد على التلاقي أمام الكلية، فإن هذا الوعد ينشئ مسئولية شخصية لكلا الطرفين. أما لو اتفقا على بيع منزل بعشرين ألفاً، فإن هذا الاتفاق متعلق بعقود عليه وهو المنزل ويثبت أثره فيه. وهذا الأثر هو الحكم بنقل ملكية المنزل من البائع إلى المشتري ونقل الثمن من المشتري إلى البائع . وهكذا كان الاتفاق عقداً وأنشأ التزاماً محله هذا المعقود عليه، بخلاف الوعد باللقاء. وقد يكون هذا الأثر عبارة عن إنشاء التزام كالبيع في المثال السابق أو نقله كالحوالة[١] أو تعديله كتأجيل الدين أو إنهائه كالإبراء منه .

ومن الواضح أن عبارة : "يظهر أثرعه في المحل" في تعريفات العقد تكشف عن النزعة الموضوعية في النظر إلى العقد ، دون النزعة الذاتية؛ "فالعقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول لا من حيث إنه ينشئ التزامات شخصية في جانب المتعاقدين، وهذا هو المعنى البارز في النزعة الذاتية، بل من حيث إنه يثبت أثره في المعقود عليه ، أي يغير المحل من حالة إلى حالة ، وهنا تبرز النزعة الموضوعية" . وبهذا فإن الفقهاء يركزون في النظر للعقد على موضوع الالتزام ومحله دون أن يكتفوا بمجرد النظر إلى الالتزامات الشخصية التي تقع على عاتق المعاقدين .

العقد والالتزام :

الالتزام هو التصرف الذي يتضمن إنشاء حق أو نقله أو تعديله ، سواء تم بإرادة منفردة أو بإرادتين ، فالالتزام بهذا هو "إرادة شغل الذمة بشئ" . وقد

---

(١) الحوالة نقل الدين من ذمة إلى اخرى، كما لو كان محمد مدينا لاحمد، فإن للمدين أن يقضي الدين بنفسه وله أن يحيل الدائن «احمد» إلى طرف ثالث كعلي للوفاء بقيمة الدين .

يطلق الالتزام على معنى أعم من ذلك، فيشمل الالتزام بالتصرف الفعلي كإتلاف مال الغير أو غصبه ، ويراد به "إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً له" [1] .

ويشمل الالتزام بهذا شغل الذمة بكل من التصرف القولي (الإرادة المنفردة والعقد) والتصرف الفعلي (الفعل الضار) .

غير أنه قد ساد لدى بعض الفقهاء النظر إلى الالتزام بمعنى شغل الذمة نتيجة تصرف بالإرادة المنفردة. وهذا هو الذي يعرفه الحطاب بقوله: "الالتزام في عرف الفقهاء : إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شئ ، فهو بمعنى العطية " . والالتزام المطلق فيما يذكر الحطاب هو : "إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف من غير تعليق،فدخل في ذلك الصدقة والهبة والحبس (الوقف) والنذر ... والضمان (الكفالة) ... وهذا القسم يقضي به على الملتزم ما لم يفلس أو يمت أو يمرض مرض الموت إن كان الملتزَم له - معيناً . ولا أعلم في القضاء خلافاً إلاّ على القول بأن الهبة لا تلزم بالقول، وهو خلاف المعروف في المذهب " .

أما الالتزامات المعلقة فيما ذكره الحطاب فتشمل إلزام الشخص نفسه بأمر معلق على الفعل النافع الذي يفعله الملتزم له . من ذلك أن يقول شخص اشتر هذه السلعة وعلى تحمل أي عيب يظهر فيها . وكذا لو قال له : أكمل بناء هذه الدار وأدفع للمقاول كذا . وبهذا فإن الالتزام معلق على فعل الملتزم له .

وأحسب أن إطلاق الالتزام بهذا المعني من اصطلاحات المذهب المالكي ، ويكاد يطلق علماء هذا المذهب الالتزام على معنى شغل الذمة بما يلزم المرء به نفسه بإرادته المنفردة . ويتفرع رأيهم هذا علئ مذهبهم في الوعد ولزومه حسبما يأتي توضيحه .

---

(1) فتح العلي المالك 1/217 . وقد أفرد الشيخ عليش في هذا الكتاب مبحثاً كاملاً عن الالتزام من ص 217 إلى ص 258 .

ونخلص من ذلك إلى أن الالتزام بمعناه العام لدى الفقهاء أعم من العقد، فيشمله ويشمل غيره من مصادر الالتزام القانونية الاخرى، من كل ما يؤدي إلى شغل الذمة بحق للغير. وبهذا المعنى عرف المرحوم أحمد إبراهيم الالتزام، وميز في هذا بين تعريفه بمعناه الخاص الذي ساد في اصطلاح المالكية، وهو المعنى الذي يحصر الالتزام فيما يقابل الإرادة المنفردة، وبين تعريفه بمعناه العام الذي يفيد مطلق "إيجاب الإنسان أمراً على نفسه باختياره وإرادته من تلقاء نفسه أو بإلزام الشرع إياه فيلتزمه ، لأن لاشرع ألزمه به ، امتثالاً وطاعة لأمر الشرع " .

يرادف مصطلح الالتزم بهذا المعنى مصطلحاً آخر في الفقه الإسلامي هو الموجبات، فالعقد موجب لآثاره ، والشرع موجب للتعويض في الفعل الضار، والإرادة المنفردة موجبة كذلك لما ألزم الشخص به نفسه .

رأي آخر :

في تقدير الدكتور عبد الناصر العطار أن المفهوم الفقهي للالتزام قد جرى توسيعه ليقترب من معناه القانوني، رغبة في تيسير فهم معناه بالنسبة لطلاب الدراسات القانونية. غير أنه يأخذ على هذا الاتجاه ما أدى إليه من خلط بين مفهوم الالتزام الفقهي ومفهوم الالتزام القانوني . ويصل من هذه الملاحظة إلى وجوب البحث "عن تعريف للالتزام دون أن يكون في اعتبارنا البحث عن معنى يستوعب فكرة الالتزام القانونية أو حتى يقترب منها تاركين البحث عن فكرة الالتزام الشرعية يصل إلى الحقيقة المجردة عن مثل هذه الاعتبارات، سواء وافق تعريف الالتزام الشرعي المعنى القانوني للالتزام أم خالفه " (١) . أما التعريف الذي يقترحه الباحث فهو أن الالتزام في الفقه عبارة عن : " إيجاب الشخص على نفسه أمراً جائزاً شرعاً " . ويشمل الالتزام بهذا كل ما يوجبه الشخص على نفسه بعقد أو بإرادة منفردة .

---

(١) نظرية الاجل في الالالتزام في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية ، للأستاذ الدكتور عبد الناصر العطار ، ص ٤١ .

ويقترب تعريف الالتزام الفقهي على هذا النحو مما أخذ به الدكتور عبد الرزاق السنهوري في تعريفه؛ إذ يرى أن الفقهاء يستعملون أحيانا لفظ "الالتزام" ويريدون به غالباً الحالات التي يلزم فيها الشخص نفسه بإرادته المنفردة ، ونادراً الالتزامات التي تنشأ عن العقد. أما الالتزامات التي تنشأ عن غير العقد أو التي تنشأ عن ... المسئولية بوجه عام تقصيرية كانت أو عقدية فتسمى بالضمانات . فإذا أردنا أن نورد تعبيراً فقهياً يقابل لفظ الالتزام بالمعنى المعروف في الفقه الغربي وجب أن نستعمل تعبيرين هما الالتزام والضمان ، ولا نكون بعد ذلك قد استنفدنا جميع الالتزامات التي تنشأ من مصادرها المختلفة" (١) .

وأعتقد مع هذا كله أن الالتزام في استعمال الفقهاء لم ينحصر في إيجاب الشخص على نفسه أمراً بإرادته ، أي بعقد أو إرادة منفردة، وإنما يشمل مع ذلك ما يوجبه الشخص على نفسه بفعله أو بامتناعه عن فعل ما وجب عليه . ويتضح هذا من تعريفهم للذمة من أنها أمر شرعي في المحل الأول ، يقبل الإلزام والالتزام، أو أنها تقدير أمر في الإنسان يصلح للإلزام والالتزام. وتشتمل الذمة بهذا على الحقوق الثابتة للغير قبل صاحب هذه الذمة ، كما تشتمل على الحقوق الثابتة له قبل الغير. والذمة بهذا وعاء للحقوق والواجبات .

ويتحدث الفقهاء المسلمون كثيراً عن الالتزامات الناشئة عن العقد فيما يدل عليه مراجعة بدائع الصنائع في موضوع البيوع على سبيل المثال .

ونخلص من هذا كله إلى أن الالتزام عبارة عن إيجاب الشخص على نفسه أمراً لم يكن واجباً عليه ، سواء بتصرفه القولي (العقد والإرادة المنفردة) أو بتصرفه الفعلي الموجب للضمان. وإنما دخلت الضمانات في الالتزام لأنهاسببه . وبهذا فإن الالتزام أعم من العقد كما تقدم .

---

(٢) مصادر الحق ١/ ١٤ .

العقد والتصرف :

يطلق بعض فقهاء القانون التصرف على كل ما يصدر عن الشخص بإرادته من قول أو فعل يرتب عليه الشرع أثراً أو حكماً معينا. وينقسم التصرف بهذا الإطلاق إلى نوعين: أولهما : التصرف القولي الذي يستقل الشخص بإحداثه كما في الطلاق والوقف والنذر، أو الذي لا يستقل الشخص بإحداثه ويحتاج إلى رضا غيره به . كما هو الحال في العقود، إذ لا يستطيع البائع أن يحدث أثر البيع وحكمه بعبارته وحدها، وإنما يلزم توافر رضا غيره به . والآخر التصرف الفعلي الذي رتب عليه الشرع أثراً معينا، وذلك كالإتلاف والغصب وإحراز المباحات وقبض الدين .

ويميز البعض الآخر منهم بين التصرف القولي وبين مقابله ، وهو التصرف العملي، ويقصرون مصطلح التصرف على ما كان بالقول فقط كالبيع والهبة والطلاق . ويعرف هؤلاء التصرف القانوني تبعاً لذلك بأنه اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر معين يرتبه القانون، سواء كان ذلك بالتقاء إرادتين عليه ورضاهما به، كما في البيع والإجارة ، أو كان ذلك بإرادة منفردة . ويقابل التصرف القانوني بهذا المعنى الذي يحصره في جانب الأقوال ما يسمى بالواقعة القانونية التي تختص بجانب الأفعال من التصرفات . وإنما يجري تعريف الواقعة القانونية طبقاً لهذا التفريق بأنها عمل مادي اختياري يرتب عليه القانون أثراً معيناً ، وهذا العمل المادي الاختياري قد يكون عملاً مشروعاً، وهو الإثراء بلا سبب ، وقد يكون عملاً غير مشروع، وهو الفعل الضار .

وترجع مصادر الحق في القانون طبقاً لذلك إلى كل من التصرف القانوني والواقعة القانونية . وتختلف الواقعة القانونية التي يرتب القانون أثراً عليها عن الواقعية المادية التي لا يرتب القانون أثراً عليها، وذلك كالمشي وزيارة الأصدقاء والأكل والشرب .

ولا يتناول الفقهاء المسلمون مثل هذه التفرقة بين التصرف والواقعة القانونية، ونراهم يرددون الحقوق بدلاً من ذلك إلى الشرع وإلى الأسباب التي نصبها الشارع لإنشاء هذه الحقوق، وهي العقد والإرادة المنفردة والضمانات .

أما العلاقة بين العقد والتصرف بهذا المفهوم القانوني فإن العقد أخص منه ، ويشمل التصرف العقد وغيره .

العقد والمواعدة :

العقد اتفاق بين طرفين على نحو يظهر أثره في المحل. وقد يؤدي هذا الاتفاق إلى ترتب هذا الأثر على وجه اللزوم كما في البيع ، حيث لا يستطيع أي من الطرفين التحلل من التزامه الا برضا الطرف الآخر أو بقضاء .

أما الوعد ، فهو التزام بإحداث أمر في المستقبل. وفي هذا يختلف الوعد عن العقد، فإن العقد يرتب أثره في الحال ويلتزم به الطرفان. أما الوعد فيتجه إلى إنشاء التزام بأمر غير حال. ويفترق الوعد عن المواعدة من جهة أن الوعد التزام من طرف واحد هو الواعد. أما المواعدة فتتضمن إنشاء التزامات متبادلة على سبيل التقابل بين كل من الواعدوالموعود، وهذا هو ما تدل عليه صيغة المواعدة. وبهذا فإن المواعدة اتفاق بين طرفين على إنشاء التزامات متقابلة في المستقبل .

وقد اختلف الفقهاء في حكم المواعدة والوعد من حيث لزومهما للواعد أو عدم لزومهما على النحو التالي :

الرأي الأول : الوعد غير لازم ولا يجب الوفاء به قضاء، وإن وجب هذا الوفاء ديانة وخلقاً، والحجة التي نستظهرها لأصحاب هذا الرأي أن هناك فرقاً بين الوعد وبين العقد، لأن غاية الوعد إنشاء التزام في المستقبل، فإذا لم ينشئ الواعد التزامه هذا لم يكن للموعود أن يجبره عليه . وهذا هو رأي جمهور الفقهاء والحنابلة والشافعية . وقد يتأيد هذا الرأي كذلك بأن الشارع لم يلزم

الواعد بإنشاء العقد في المستقبل؛ فإن الخطبة في الزواج ليست سوى وعد بالزواج، بل إنها مواعدة بين الخاطب والمخطوبة . ولا يقول أحد من الفقهاء بلزوم هذه المواعدة لأي من هذين الطرفين، ومن حق أيهما أن يعدل عن وعده للآخر.

الرأي الثاني : عدم لزوم المواعدة أصلاً إلاّ إذا اكتست بصور التعاليق فإنها تكون لازمة. وهذا هو ما ذهب إليه فقهاء المذهب الحنفي. والقاعدة التي تدل على رأيهم هذا هي : "المواعيد بصور التعاليق تكون لازمة لأنه يظهر فيها حينئذ معنى الالتزام والتعهد" . وفي شرح على حيدر(1) على المجلة العدلية أن هذه القاعدة مأخوذة عن الأشباه والنظائر لابن نجيم "من كتاب الحظر والإباحة" حيث يقول: " ولا يلزم الوعد إلاّ إذا كان معلقاً . وقد وردت في البزازية أيضاً بالشكل التالي : " ... المواعيد باكتساء صور التعاليق تكون لازمة " .

ويوضح على حيدر مفهوم هذه القاعدة ببيان أنه " إذا علق وعداً على حصول شئ أو على عدم حصوله فثبوت المعلق عليه يثبت المعلق أو الموعود . مثال ذلك لو قال رجل لآخر بع هذا الشئ من فلان وإذا لم يعطك ثمنه فأنا أعطيك إياه فلم يعط المشتري الثمن لزم على الرجل أداء الثمن المذكور بناء على وعده المعلق " .

وكذا لو قال له تزوج وأنا أعطيك عشرة آلاف جنيه هبة فتقضي هذه القاعدة أنه يلزمه دفع العشرة آلاف إن تزوج . وإنما يلزمه دفع ما التزم به من جهة الوعد لا من جهة الغرامة . ذلك أنه إذا تسبب الوعد المكتسى بصورة التعليق في الدخول في عمل أدى الى غرامة فإن الواعد يتحمل هذه الغرامة . ولذا لو قال له : بايع فلاناً وأنا أضمن لك. فبايعه وظهر أنه مفلس التزم الواعد بما يتضرر به الموعود. وكذا لو طلب من شخص صرف مبلغ مليون دولار بالعملة المصرية فاضطر إلى إنفاق وقته وجهده في تدبير المبلغ المطلوب تغييره ثم رجع طالب

(1) المادة ٨٤ ، ص ٧٧ من الشرح المذكور .

التغيير ولم يتم الصفقة فلا يدخل ذلك في هذه القاعدة ويطالب المتضرر الواعد الذي رجع في وعده بقيمة ماأضر به هذا الرجوع .

الرأي الثالث : الوعد كله لازم ويجبر عليه الواعد مطلقاً ، وهذا هو رأي ابن شبرمة ، ويستدل لرأيه هذا بما جاء في القرآن والسنة من نصوص توجب الوفاء بالعهد وتذم الرجوع فيه وعدم الوفاء به . وقد بينت السنة أن خلف الوعد من سمات النفاق. وتوجب هذه النصوص الوفاء بالعهد ، ويلزم عن هذا الوجوب إجبار الواعد على الوفاء بوعده إن لم يلتزم به اختياراً .

مذهب المالكية :

الرأي الراجح في المذهب المالكي أن الواعد ملزم بالوفاء بوعده المعلق على أمر إذا دخل الموعود بسببه في هذا الأمر . من ذلك أن يقول الرجل للرجل اهدم دارك وأنا أسلفك عشرة آلاف لإعادة بنائها، فيهدم الدار صاحبها، كان من الواجب على الواعد أن يسلفه القدر الموعود به لأن صاحب الدار دخل بسبب الوعد بالسلف في هدم الدار، ويؤدي عدم الالتزام بالوعد إلى الإضرار به . وكذا لو قال له : "اخرج إلى الحج وأنا أسلفك أو تزوج امرأة وأنا أسلفك ... قال سحنون : "الذي يلزم من الوعد اهدم دارك وأنا أسلفك ما تبنى به أو اخرج إلى الحج وأنا أسلفك أو اشتر سلعة أو تزوج امرأة وأنا أسلفك لأنك أدخلته بوعدك في ذلك . أما مجرد الوعد فلا يلزم الوفاء به ، بل الوفاء به من مكارم الأخلاق(١) .

وقد ذهب بعض فقهاء المالكية إلى لزوم الوعد مطلقاً (٢) ، كما ذهب بعض آخر منهم إلى موافقة جمهور الفقهاء في القول بعدم لزوم الوعد مطلقاً (٣) .

---

(٢) فتح العلي المالك للشيخ عليش ١/٢٥٦ .

(٣) أحكام القرآن لابن العربي ٤/١٨٠٠ .

(٣) الفروق للقرافي ٤/٢٥، وتهذيب الفروق بهامش الفروق ٤/٤٣ .

ويفترق الوعد عن العقد في أن الوعد ليس فيه إلزام الشخص نفسه شيئاً عند النطق به ، وإنما هو إخبار عن إنشاء الواعد شيئاً في المستقبل بخلاف العقد الذي يفيد تطابق إرادتين على وجه يظهر أثره حالاً .

الوعد بالتعاقد :

هو التزام من طرف واحد بالدخول في عقد محدد خلال مدة معينة متى أظهر الموعود له رغبته في إنشاء التعاقد . وذلك كان يعد شخص ببيع سيارته إلى شخص آخر خلال مدة معينة إذا أظهر الموعود بالبيع رغبته في شرائها خلال هذه المدة .

وقد جاء في المادة (٨٧) من مشروع القانون المدني طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية أنه : "إذا وعد شخص بإبرام عقد، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ العقد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبوجه خاص ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم متى حاز قوة الأمر المقضي مقام العقد" . وتبرز هذه المادة أن العقد الموعود به ينعقد بمجرد أن يظهر الموعود له رغبته في التعاقد؛ " إذ إن إبداء الرغبة يكون بمثابة قبول لإيجاب يتمثل في الوعد الذي يلتزم به الوعد والذي يشتمل على جميع المسائل الجوهرية للعقد النهائي. ومن ثم يكون طلب المتعاقد الآخر منصباً على تنفيذ العقد وليس على تنفيذ الواعد" .

ويدل هذا على اختلاف الوعد بالتعاقد عن العقد، فالمفروض أن يكون الوعد بالعقد من طرف واحد ، أما العقد فهو التقاء إرادتين ، ومن جهة أخرى فإن العقد متى تم ينتج آثاره في الحال، بخلاف الوعد بالعقد الذي لا ينشئ أثره إلاَّ برضا الموعود بالعقد وتعبيره عن هذا الرضا في المدة المتفق عليها .

ويشترط لانعقاد الوعد بالتعاقد ما يلي :

١. اتفاق الواعد بالعقد والموعود به على جميع المسائل الجوهرية للعقد؛

فلو كان الوعد بالبيع لزم لانعقاد الوعد معلومية المبيع ووجوده وتعيين الثمن وما إلى ذلك من الشروط اللازمة لانعقاد عقد البيع نفسه ·

٢. تحديد المدة التي يحق للطرف الموعود بالعقد أن يبدي رغبته في إبرام العقد الموعود به ·

٣. استيفاء الجوانب الشكلية التي يتطلبها القانون لإتمام العقد ، والمقصود بهذه الجوانب الشكلية ما يتطلبه القانون من الإجراءات الرسمية ، فمثلا لو كان عقد الهبة لا يتم إلاّ إذا عمل رسمياً طبقاً للأوضاع المقررة له فالوعد بالهبة لا يصح إلاّ إذا عمل رسمياً أيضاً ·

وإنما يستند وجوب الوفاء بالوعد بإنشاء عقد في المستقبل إلى الأصول والمبادئ الشرعية الموجبة للوفاء بالعقود ·

أحكام الوعد بالتعاقد :

يترتب على الوعد بالتعاقد إذا انعقد الأحكام التالية :

١. لزوم إبرام الواعد العقد الموعود به إذا أظهر الطرف الآخر رغبته في إبرامه خلال المدة المتفق عليها ·

٢. ينقضي الوعد بانقضاء المدة المتفق عليها أو بهلاك محل العقد الموعود به دون أن يترتب على هذا الهلاك أي حق في التعويض ·

٣. يظل محل العقد الموعود به على ملك الواعد، ويجوز له بمقتضى ذلك أن يتصرف فيه لغير الموعود له ، لكن يحق للموعود المطالبة بالتعويض عما استضر به من هذا التصرف ·

ويتضح من هذا كله أن الوعد بالتعاقد لا يبلغ مبلغ العقد الذي يظهر أثره في المحل حال انعقاده، بخلاف الوعد بالتعاقد الذي لا يظهر أثره في المحل على

هذا النحو. ويحق للواعد لهذا أن يتصرف بنقل ملكية محل العقد منه إلى غير الموعود له ، ويرتب ذلك حق التعويض للموعود له ٠

٤. يحق للموعود له أن يطالب بإجبار الواعد على تنفيذ وعده إن أراد الإخلال به ٠

ويتفق هذا كله مع ماأخذ به المالكية في لزوم العدة مطلقاً أو في لزوم العدة إن دخل الموعود له بسببها في فعل شئ٠



المبحث الثاني

أقسام العقود

مجال العقود :

لا يتقيد الاتفاق المنشئ للعقد في الفقه الإسلامي بمجال قانوني دون آخر، ويطلق العقد على أي اتفاق بين إرادتين رتب عليه الشارع أثراً معيناً، سواء تم ذلك بين دولة وأخرى، أو بين الدولة ورعاياها فيما يطلق عليه « العقود الإدارية » ومن ذلك العقود التي تبرمها الدولة مع شاغلي الوظائف العامة والتزام المرافق. ويطلق العقد في الفقه الإسلامي على الاتفاقات المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج الذي لا يعد محل الالتزام فيه ذا قيمة مالية .

وطبقاً لهذا فإن الفقه الإسلامي لا يشترط في الالتزام الناشئ بالعقد أن يكون ذا قيمة مالية . ولذا فإن القواعد العامة للعقد تطبق في عقد النكاح وفيما كانت تبرمه الدولة مع أفردها كعقد الذمة الذي كان يرجع إليه في تحديد الحقوق والواجبات المعنوية بالدرجة الأولى، ويطلق العقد بشئ من التوسع كذلك على المعاهدات التي تبرمها الدولة مع غيرها من الدول .

ومع هذا كله فمن الواضح أن الفقهاء المسلمين اهتموا بأنواع معينة من العقود وفرقوا بين أنواع العقود التي يكون محل الالتزام فيها ذا قيمة مالية وبين العقود التي لا يكون محل الالتزام فيها كذلك. ويبدو إدراكهم لهذا التفريق من إفرادهم للعقود المالية المحل ومعالجتها في حيز واحد، تحت عنوان يخصها هو عنوان المعاملات، مع تمييز هذه المعاملات عن العقود الأخرى التي ليس محلها مالياً مما هو من قبيل المناكحات والمعاهدات .

ويجب لهذا قصر إطلاق العقد على هذه المعاملات ذات الطبيعة المالية التي

ترد في أكثر كتب الفقه في حيز واحد وتشمل البيع والإجارة والهبة والعارية والوديعة والقرض والصلح والقسمة والشركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة والوكالة والحوالة والكفالة والرهن والوصية . وهذه العقود قد عالجتها القوانين المدنية الحديثة وميزتها عن العقود الأخرى التي تجريها الدولة ، وعن عقد الزواج ٠

وقد عنى الفقهاء بتقسيم هذه العقود تقسيمات كثيرة تبعاً للهدف من التقسيم وللجهة التي ينظر إليها . وأوضح فيما يلي بعض هذه التقسيمات الفقهية للعقود ٠

تقسيم العقود بحسب طبيعتها ونوعها :

تنقسم العقود بحسب طبيعتها والغاية منها وأهدافها إلى الأقسام التالية :

١. *عقود المعاوضات* : التي يجري فيها بذل عوض في مقابل عوضه، وذلك كالبيع حيث يبذل البائع سلعته مقابل ما يحصل عليه من الثمن ٠ ومنه الإجارة التي يبذل فيها المستأجر الأجرة مقابل ما يحصل عليه من المنفعة. وكذلك السلم الذي يعطي فيه الثمن عند انعقاد العقد مقابل السلعة المشتراه المؤجل تسليمها ٠ ومن هذا القسم الصرف الذي يتقابل فيه البدلان ويجري التسليم والتسلم في وقت واحد. وكذا القسمة والقرض والصلح ٠

٢. *عقود التبرعات* : وفيها يجري التمليك دون عوض ولا بدل ٠ من ذلك الهبة ، فإن الواهب يعطي ماله دون مقابل من الموهوب له الذي يتملك العين. ومنه العارية ، حيث يملك المستعير الانتفاع بالعين المعارة دون مقابل ٠

٣. *عقود المشاركات* ، وهي التي يجري فيها الاشتراك في رأس المال وربحه ، أو في ربحه وحده . ومن ذلك عقود الشركة المختلفة التي يتفق فيها الشركاء على تقديم كل منهم حصة من رأس المال أو العمل لاستثماره واقتسام ما ينشأ عنه من ربح وتحمل الخسارة التي قد تلحق به . ومن هذا القبيل عقد

المضاربة الذي يتفق فيه على تقديم أحد الطرفين المال والآخر العمل على أن يكون الربح بينهما. ويجمع هذا العقد بين أصحاب الأموال وأصحاب الخبرات لتثمير المال وتنميته، وهذا العقد هو الأساس الذي تطور عنه مفهوم الشركات المساهمة Company.

٤. *عقود التوثقات* : وهي التي يهدف منها إلى توثيق حقوق الدائنين وضمان وصول حقوقهم إليهم . وتشمل هذه العقود التوثقات الشخصية وهي الكفالة التي تعني ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين في المطالبة بالدين ، بحيث يصير كل منهما مسئولاً عن الوفاء به . ولا تخفى فائدة هذا العقد في طمأنة الدائن وضمان وصول حقه إليه . وتشمل هذه العقود التوثقات العينية التي يفيدها الرهن. ذلك أن الدائن قد لا يرضى بالدخول في العقد المنشئ للدين إلاّ بتقديم رهن يتعلق دينه به ، ويتقدم حقه فيه على سائر الغرماء، فإن وَفّى المدين بالدين في الوقت المحدد فبها ، وإلاّ كان للدائن الحق في بيع المرهون واستيفاء حقه منه. ومن عقود التوثقات الحوالة التي تفيد نقل الدين من ذمة المدين الى ذمة طرف آخر، فتنتقل المطالبة إلى هذا الطرف وتبرأ ذمة المدين الأصلي إلاّ أن يتعذر استيفاء الدين من هذا الطرف فتعود المطالبة إلى المدين الأصلي .

تقسيم العقود بحسب المحل :

قسم الفقهاء العقود بالنظر إلى المحل الذي يجري فيه التعاقد وفرقوا لذلك بين الأنواع التالية :

١. العقود الواردة على الأعيان لتمليكها بعوض أو بغير عوض ، كالبيع والهبة .

٢. العقود الواردة على الأعيان لحفظها كالوديعة أو لاستهلاكها بالانتفاع بها ورد بدلها كالقرض .

٣. العقود الواردة على المنافع بعوض أو بغير عوض، كما في الإجارة والعارية؛ ففي الإجارة يبذل المستأجر المال للحصول على المنفعة ، وفي العارية يأخذ المستعير العين للانتفاع بها مدة محدودة، دون مقابل.

٤. العقود الواردة على عمل معين أو على خدمة معينة .

وقد سار قدري باشا في مرشد الحيران على هذا التقسيم ونبه إليه، ويعتبره الدكتور عبد الرزاق السنهوري خير معيار لتقسم العقود، ويشير إلى أن القانون المدني العراقي قد نقل هذا التقسيم من مرشد الحيران (١) .

وقد أخذ القانون المدني الأردني في مادته (٨٨) بهذا التقسيم ونقله من مرشد الحيران كذلك، فجاء في هذه المادة النص على أنه : "يصح أن يرد العقد :

١. على الأعيان ، منقولة كانت أو عقاراً، مادية كانت أو معنوية .
٢. على منافع الأعيان .
٣. على عمل معين أو على خدمة معينة .
٤. على أي شئ آخر ليس ممنوعاً بنص في القانون أو مخالفاً للنظام العام والآداب " .

التقسيم القانوني للعقود إلى مسماة وغير مسماة :

لم يقسم الفقهاء العقود إلى مسماة Nominate وغير مسماة على الرغم من أن استحداث أمور ومعاملات جديدة أمر غير مرفوض عندهم. والعقد المسمى في القانون هو العقد الذي وضع له القانون اسماً خاصاً وأوضح قواعده المنظمة للتعامل به ، وتنسحب أحكامه وآثاره على اتفاقات المتعاقدين وإن لم ينصوا عليها .

أما العقود الغير المسماة فهي العقود التي لم ينظهما القانون ولم يتعرض لها

(١) راجع المواد ٢٦٣، ٢٦٤، ٢٦٥، ٢٦٦، والمادة ٧٤٠ من القانون المدني العراقي.

لعدم وجودها عند وضعه ، ويطبق القاضي على مثل هذه العقود شروط الاتفاق المنظم للعلاقة وإلا فإن عليه أن يلجأ إلى أحكام الالتزامات العامة، فإن كفته للوصول إلى حكم في النزاعب بها ، وإلا كان عليه أن يلجأ إلى القواعد الخاصة بأقرب العقود المسماة عن طريق القياس والإلحاق بأقرب عقد من العقود المسماة ·

وإنما لم يوجد هذا التقسيم في الفقه للأسباب التالية :

١. الفقه ليس قانوناً يوضع في وقت محدد، وإنما هو نظر مستمر في المعاملات التي تنشأ بين الناس فلم توجد الضرورة المنشئة للتقسيم لدى الفقهاء ·

٢. مرونة النظام العقدي في الفقه الإسلامي ، واستيعابه لأشكال الاتفاقات التي كانت تحدث في المجتمعات الإسلامية ·

٣. بطء التطور الاجتماعي وكفاية نظام العقود الفقهي لتلبية الاحتياجات الاجتماعية فلم يواجه الفقهاء لهذا باتفاقات لا تندرج في عقودهم الموجودة في الكتب الفقهية ·

العقود المستحدثة :

ومع ذلك ، فإن الفقهاء المسلمين لم يمنعوا استحداث عقود جديدة بمرور الزمان تنفرع عن العقود المعروفة لديهم ، والأصل الفقهي الذي وافق عليه جمهورهم هو أن الأصل في المعاملات الإباحة ، وأن المعاملات طلق، أي على الإباحة، وأن العبادات إذن ، أي أنها تتوقف على إذن الشارع وأمره ·

ومن المعاملات التي استحدثها المجتمع بتطوره وتقبلها الفقهاء المسلمون في عصورهم المتأخرة عقد الحكر وعقد إجارة الأرض الموقوفة لمدد طويلة وبيع الوفاء ، وبيع الاستغلال والمرابحة والتولية والوضعية وشركة التقبل والوجوه ، وفضلاً عن ذلك فقد أجاز الفقه عقد الاستجرار الذي يشبه ما يسمى الآن باسم الحساب الجاري طبقاً لما جاء في المذكرة التوضيحية بالقانون المدني الأردني ·

تقسيم العقود بالنظر إلى الصيغة :

تنقسم العقود بالنظر للصيغة إلى الأنواع التالية :

١- العقد المنجز، وهو العقد الذي تترتب عليه أحكامه في الحال كالنكاح والبيع ونحوهما فإنهما لا ينعقدان إلاّ بصيغ تفيد وجود العقد وترتب آثاره عليه في الحال. ولذا فإنه لا يصح لإنشاء عقد الزواج أن يقول : أتزوجك بعد شهر أو بعد يوم ، لأن عقد الزواج من العقود المنجزة أي التي تترتب آثارها عليها فور انعقادها. أما عقد الوصية فليس من العقود المنجزة ، لأنها مجرد تصرف في المال مضاف إلى ما بعد الموت. فقوله أوصي بثلث مالي لجهة من الجهات معناه أن التصرف لا ينفذ إلاّ بعد الموت .

٢- العقد المضاف إلى المستقبل : وهو ما كان بصيغة تنشئ العقد في الحال مع تأخر أحكامه إلى المستقبل، من ذلك أن يتفقا على إجارة منزل تبدأ سكناه من أول الشهر القادم، ولا تستحق الأجرة إلاّ من هذا الوقت المتفق عليه ، وبهذا فإن آثار هذا العقد وأحكامه مضافة إلى المستقبل .

والقاعدة الفقهية أن العقد المضاف إلى المستقبل ينعقد سبباً لترتب الآثار في الحال لكن لا يعمل إلاّ في المستقبل. جاء في المادة (٣٢) من مرشد الحيران أن : "العقد المضاف هو ما كان مضافاً إلى وقت مستقبل والمضاف ينعقد سبباً في الحال، لكن يتأخر وقوع حكمه إلى حلول الوقت المضاف إليه" .

٣- العقد المعلق : وهو ما ترتب وجوده وانعقاده على حدوث أمر في المستقبل. من ذلك الكفالة بثمن المبيع إن ظهر مستحقاً للغير وكالالتزام بضمان الدين إن أفلس المدين أو إن غاب عن البلد وتعذر استيفاء الدين منه. ويصح تعليق الوكالة كذلك بأمر على خطر الحدوث في المستقبل . من ذلك أن يوكله في بيع سيارته إن رغب أحد في شرائها بثمن معين يحدده ، أو إن رغب أحد

في شرائها الشهر القادم .

ولا ينعقد العقد المعلق إلا بوجود الأمر المعلق عليه، وهو نوع من أنواع العقد المضاف عند الشافعية دونما تفريق بينهما .أما التفريق بينهما فهو مذهب الأحناف والمالكية والحنابلة .

ومن العقود ما لا يكون إلا منجزاً كما تقدم، ويقبل بعضها التعليق بالشرط الملائم أو المتعارف عليه ، كما اتضح من الأمثلة السابق .

العقد الشكلى :

يشير الفقهاء إلى اشتراط بعض الأمور أو المعانى التى لابد منها فى بعض العقود لتمامها .

من ذلك عقد الزواج الذى يشترط الجمهور لصحته حضور شاهدين وولى، بخلاف الأحناف الذين يشترطون الشاهدين دون الولى إذا كانت الزوجة بالغة رشيدة، وهذه الشكلية المشترطة فى عقد الزواج دليل فيما يقول أبو زهرة على عظيم رعاية الشارع للعلاقة الزوجية، فإن العشرة الزوجية بين الرجل والمرأة لاتكون إلا بإباحة الشارع وبكلمة الله ورحمته، فلاتناط تلك الإباحة بإرادة العاقدين المجردة ولا برضاهما المنفرد، بل لابد من أمور يشترطها الشارع ليبيح تلك العلاقة التى كان الأصل فيها التحريم صوناً للأعراض وحفظاً للحرمات ومنعاً للسفاح، فوضع الشارع حدوداً ورسوماً تكون حداً حاجزاً بين الحلال والحرام وفيصلاً للتفرقة بين النكاح والسفاح، وكان ذلك بالشهرة والإعلان، فكان لابد من أن تكون هذه الشكليات مقترنة بإرادة العاقدين»(١) .

وتجب الكتابة مع الإشهاد عند بعض الفقهاء فى الالتزامات المؤجلة، كالبيع بثمن آجل والقرض والشركة. كما يجب عندهم الإشهاد وحده فى الالتزامات

(١) الملكية ونظرية العقد، ٢٣٣.

الحالة الوفاء، طبقاً لما تفيده آية المداينة، وإنما روعى هذا الشكل ضرورة الحفاظ على حقوق المتعاملين. وإذا توقف حفظ هذه الحقوق على أمر من الأمور فإنه يكون واجباً بناء على القاعدة القاضية بأن مالايتم الواجب إلا به فهو واجب.

العقد العينى :

فى الفقه الإسلامى عدد من العقود التى لايكفى الرضا لتمامها، وإنما يشترط فيها القبض كذلك لتمامها فقط أو لصحتها كما هو الحال فى عقد الصرف الذى ورد فيه عن بعض الفقهاء أنه إذا استنظر أحد المتصارفين الآخر إلى ما وراء سارية فلا ينظره المتصارف الآخر. والواجب فى عقد الصرف أن يكون يداً بيد كما جاء فى حديث النبى ص منعاً من التحايل إلى الربا إن جاز التأجيل فى أحد البدلين.

ويجب فى الفقه الإسلامى القبض لتمام بعض العقود، من ذلك الهبة بدون اشتراط الثواب، وكذلك الصدقة والقرض والرهن والعارية والوديعة، والوقف على قول. وإنما وجب القبض لتمام هذه العقود للتشجيع على إنشائها من جهة ولرعاية حق المتبرع فى إعادة تقدير موقفه.

عقود المعاوضة وعقود التبرع :

عقد المعاوضة هو العقد الذى يأخذ فيها كل العاقدين مقابلاً Considera-tion لما يعطى، كالبيع فإن البائع يأخذ من المشترى ثمناً لما يعطيه له. وكذلك الإجارة والقسمة والقرض، أما عقد التبرع فلا يأخذ فيه أحد العاقدين مقابلاً لما يعطيه للآخر، ومن أمثلته فى الفقه عقد الهبة وعقد العارية، ففى الهبة يعطى الواهب شيئاً للموهوب له، وينقل ملكية عينه له دون عوض، وفى العارية يعطى المعير منفعة ماله للمستعير زمناً بدون عوض كذلك؛ والكفالة فى الفقه الإسلامى من عقود التبرع، فلا يجوز للكفيل ان يأخذ أجراً من مكفوله لقاء ضمانه له، ولكن ما يغرمه الكفيل مضمون على المكفول.

ومع ذلك فقد تنتقل بعض عقود التبرعات إلى أن تكون من المعاوضات. من ذلك الهبة باشتراط الثواب والوديعة مع اشتراط الأجر، إذ يكون التعاقد الأول بيعاً والثانى إجارة، وتتعدل مسئوليات الأطراف والتزاماتهم على ضوء هذا التكييف. وبذا لايحق للواهب الرجوع إذا أثيب عن هبته، كما أن المستعير يلتزم بدفع الأجرة، ولايحق للمعير الرجوع فى عاريته، ويضمن المودع المأجور الوديعة ضمان أجير لا ضمان أمين، تشديداً فى مسئوليته عن هذه الوديعة.

العقود الاحتمالية :

الشرط فى الفقه الإسلامى وجوب معلومية التزامات المتعاقدين علماً ينفى الجهالة وييسر الوفاء ويبعد المنازعة عند الوفاء، ولذا تفسد المعاملة فى الفقه بالغرر الفاحش الذى يتناقض مع أصل المعلومية. ويتفق اشتراط ذلك مع المنطق ومع المصالح المرجوة من التعاقد، فإن إلزام المرء بواجب من الواجبات يقتضى أول ما يتقضى معرفة هذاالواجب، حتى يمكن الإلزام به .

ومن جهة أخرى فإن العدل فى التقابل بين الالتزامات والمتروك تحقيقه إلى المتعاملين إنما يمكن قياسه إذا وضح لكل من الطرفين التزامه هو والتزام المتعاقد الآخر. وقد أصر الفقهاء المسلمون لهذا على نفى الغرر الفاحش فى التعامل ولم يقبلوا أبداً مثل هذه العقود الاحتمالية التى لايعرف الطرفان فى العقد واجباتهما بالتحديد فيها. ولم يقبلوا لهذا عقود المقامرة والرهان التى حرمها الشارع ، لأنها تعرض المال لخطر الضياع . كذلك فإن عقد التأمين على الحياة فى شكله المعروف من العقود التى لايمكن قبولها فى إطار خطتهم العامة للعقد.

العقد المركب :

قد تنطوى المعاملة على عقد واحد كبيع أو إجارة أو هبة، مثل أن يبيع أحد شيئاً لآخر بثمن معين ويتقاضى هذا الثمن. وقد تنطوى المعاملة الواحدة على عدة عقود مركبة أو مختلطة معاً. من ذلك عقد بيع منزل مع الاتفاق على استئجار

البائع هذا المنزل لسكناه فيه، فهو ليس عقد بيع وحده أو عقد إجارة، وإنما هو مركب منهما. وفائدة هذا التقسيم الرجوع فى جانبى هذه المعاملة إلى العقد الذى يحكم كلاً منهما.

وقد أجاز علماء المذهب الحنفى «العقود المركبة» التى جرى بها تعامل الناس. من ذلك أن «يشترى نعلاً على أن يحذوه البائع أو جراباً على أن يخرز له خفاً أو ينعل خفه، والقياس ألا يجوز وهو قول زفر رحمه الله، وجه القياس أن هذا شرط لايقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد العاقدين، وأنه مفسد ، كما إذا اشترى ثوباً بشرط أن يخيطه له البائع قميصاً ونحو ذلك. ولنا أن الناس تعاملوا هذا الشرط فى البيع كما تعاملوا الاستصناع فسقط القياس بتعامل الناس»[1].

ومن هذا القبيل البيع مع اشتراط كفيل بالثمن ففيه بيع وكفالة . ويشبهه البيع مع اشتراط رهن المبيع للتوثيق بالثمن[2] .

وقد ورد فى المدونة : قال مالك فيمن باع سلعة بثمن على أن يتجر له بثمنها سنة أنه إن كان اشترط إن تلف المال أخلفه له البائع حتى يتم عمله بها سنة جاز وإلا فلا خير فيه . وإنما جاز البيع والإجارة لأن «مالكاً يجيز البيع والإجارة أن يجتمعا فى صفقة واحدة ، فإنما هذا بيع وإجارة»[3] .

ولا بأس عند الشافعية بالجمع بين أكثر من عقد فى صفقة واحدة إذا لم تتناقض أحكام العقود المجتمعة ، ويصح لهذا بدون تردد الجمع بين عقدين «متفقين كشركة وقراض ، بأن خلط ألفين له بألف لغيره وشاركه على أحدهما وقارضه على الآخر»[4].

ويصح عند الحنابلة أن يجمع فى معاملة واحدة بيعاً «وإجارة أو صرفاً أو

---

(١) البدائع ٥/١٧٠.

(٢) المبسوط للسرخسي ١٣/١٩.

(٣) المدونة ٩/٤٠٢.

خلعاً أو نكاحاً بعوض واحد»[1] ويصح عندهم أن يشترط البائع نفع المبيع مدة معلومة مثل أن يبيع داراً ويستثنى سكناها سنة أو دابة ويشترط ظهرها إلى مكان معلوم أو عبد ويستثنى خدمته مدة معلومة[2].

(١) كشف القناع ٢/ ٠٧٤.

(٢) الشرح الكبير مع المغني ٤/ ٤٩

المبحث الثالث

أركان العقد

معنى الركن :

الركن في اصطلاح الأصوليين ما به قوام الشئ ويتوقف عليه وجوده. ويشترط الأحناف أن يكون الركن جزء الشئ وداخلاً في حقيقته وماهيته كالركوع فإنه جزء الصلاة الذي يتوقف عليه وجودها بهيئتها المشروعة. وركن العقد بهذا هو الصيغة الدالة على إرادة المتعاقدين، لأن هذه الصيغة هي جزء العقد الذي لا يمكن أن يوجد إلاّ بها. وبهذا فإن توجيه الإرادة إلى عقد العقد والتعبير عن هذه الإرادة بصيغتي الإيجاب والقبول هو الركن الذي تقوم عليه حقيقة العقد ووجوده .

ويتفق رأي الأحناف في هذا مع ما أخذ به الرأي القانوني في اعتبار الرضا وحده ركن العقد (١) .

أما جمهور الفقهاء، فيقررون أن أركان العقد ثلاثة ، هي :

١- الصيغة التي يتم بها العقد .
٢- العاقدان ، وهما الموجب والقابل .
٣- محل العقد أي موضوع التعاقد .

والواقع أن اعتبار العاقدين ركناً في العقد أمر مقبول في الذهن ويرجع إلى المعنى الذي اعتبره الأحناف، وهو الرضا أو الإرادة التي لا يمكن فصلها عنهما، إذ يرجع الرضا إليهما، وعبارتهما من الإيجاب والقبول هي التي تكشف عنه وتدل عليه .

---

(١) نظرية العقد للسنهوري، ص ١٤٧ .

أما المحل وموضوع التعاقد الذي اعتبره الجمهور ركنا في العقد فلا يتوقف عليه تصور حدوث الرضا وتوجه الإرادة ، وبهذا فإن الخلاف بين الجمهور والأحناف في تصور ركن العقد إنما يرجع في حقيقته إلى النظر للمحل واعتباره ركناً في العقد أو عدم اعتباره كذلك ،

أركان العقد في القانون :

وأما أركان العقد في القانون فهي الرضا والمحل والسبب، وبهذا يقترب القانون من جمهور الفقهاء في اعتبار المحل من الأركان التي يتوقف عليها تكوين العقد ،

ومن جهة أخرى فإن فكرة السبب فكرة معروفة في الفقه الإسلامي كما سيأتي توضيحه ، لكن الفقهاء لم يعتبروا السبب أو المقصود من العقد من جملة الأركان التي يتوقف عليها تكوين العقد وانشاؤه ،

والخلاف بين جمهور الفقهاء والقانون في اعتبار السبب ركناً في تكوين العقد في القانون على حين أن الفقهاء لم يعتبروه من بين الأركان التي يتوقف عليها العقد ،

وأتناول فيما يلي هذه الأركان ، مع نظر في مفهوم السبب وموقف الفقهاء منه ،

أولاً- الصيغة :

الصيغة التي ينشأ بها العقد هي الأسلوب الذي يلجأ إليه المتعاقدان للتعبير عن رضاهما بالعقد، سواء جرى ذلك بطريق اللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو الفعل. وقد عنى الفقهاء المسلمون عناية فائقة بموضوع الصيغة التي اعتبرها الأحناف الركن الوحيد في انعقاد العقد. وقد عنى بها الجمهور كذلك باعتبار أن الرضا هو

المعنى الذي تدور حوله أركان العقد، والرضا أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه، وتنوب الصيغة عنه في إبرازه وإظهاره، لانها هي التعبير عنه، وهي الشكل الذي يعتد به في الكشف عنه .

وتتخذ هذه الصيغة شكل الإيجاب والقبول. والصورة المألوفة لذلك في المعاملات المحددة أن يبدأ أحد العاقدين بإبداء رغبته في إجراء العقد بشروط يحددها فيرد عليه الطرف الآخر برأيه فيما أبداه بالرفض أو التعديل أو الموافقة . والفترة التي تسبق انعقاد العقد وتشهد عرض الآراء المختلفة هي فترة المساومة Bar-gaining ، ويجب تحليل عبارات العاقدين أثناءها، للحكم بانعقاد العقد أو عدمه، وتكمن فائدة هذا التحليل من الناحية العملية في معرفة الزمان والمكان اللذين انعقد فيهما العقد ، وخاصة حين يجري الاعتماد على الكتابة .

وقد عني الفقه القانوني بصيغة العقد من جهة أنها تعبر عن رضا المتعاقدين بالعقد وقصدهما إليه، لكنهم يستخدمون مصطلح التعبير عن الإرادة في الدلالة على المعنى الذي يستخدم فيه الفقهاء مصطلح صيغة العقد. ولا مشاحة في الاصطلاح كما يقال .

الإيجاب والقبول :

الإيجاب عند الأحناف [1] هو ما صدر أولاً من أحد العاقدين للدلالة على الرغبة في إنشاء العقد، سواء جرى ذلك باللفظ أو الكتابة أو غيرهما، ولا يشترط الأحناف صدوره عن عاقد معين وأيهما بادر إليه فهو الموجب . والقبول عندهم هو ما صدر ثانياً من أحد العاقدين دالاً على الموافقة والرضا بالإيجاب. أما غير الأحناف فيذهبون إلى أن الإيجاب هو ما يصدر ممن يكون منه التمليك ، وإن جاء متأخراً، والقبول هو ما صدر ممن يصير له الملك وإن جاء متأخراً، ولذا فإن

---

(١) فتح القدير ٥ / ٧٤، والفتاوي الهندية ٣ / ٤، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٤ / ٤ ، والمادة ١٠١ من مجلة الاحكام العدلية .

عبارة البائع في عقد البيع هي الممثلة للإيجاب ، لأنه هو الذي يكون منه التمليك وعبارة المشتري هي الدالة على القبول، ورأي الأحناف هو الأولى بالقبول لملاءمته للأعراف السائدة . ولا تحصر الأساليب الدالة على الإيجاب والقبول في ألفاظ معينة، بل قد لا تكون هناك ألفاظ إطلاقاً ، وإنما العبرة في هذه الأساليب الصالحة لإنشاء العقود بوضوح دلالتها على توجه الإرادة الباطنة إلى عقد العقد، سواء جاء هذا الوضوح من الدلالة العرفية للألفاظ المستخدمة في الإيجاب والقبول، أو من السياق العام المصاحب للألفاظ أو الأفعال الدالة على هذا التوجه.

ولا يشترط في الأساليب المعبرة عن الإيجاب والقبول سوى دلالتهاعلى الرضا بإنشاء العقد، إذ العبرة عند الفقهاء المسلمين بالإرادة الباطنة أو الرضا، طبقاً لما تدل عليه القاعدة الفقهية القاضية بأن العبرة في العقود بالقصود والمعاني لا بالألفاظ والمباني، غير أنه لما كانت الإرادة الباطنة والرضا من الأمور الخفية التي لا يمكن الاطلاع عليها فإن الشارع أقام الارادة الظاهرة أو اللفظ محل هذه الإرادة الباطنة ، ورتب الأحكام على الإرادة الظاهرة؛ فقد نصوا على أن التراضي هو المعني الذي يقوم عليه العقد وأن الاعتماد على الإيجاب والقبول لتعبيرهما عن هذا المعنى ، لا يفيدان إنشاء العقد إذا اتضح تناقضهما مع الرضا والإرادة الباطنة.

صيغة الإيجاب والقبول :

يؤثر الفقهاء صيغة الماضي في إنشاء العقود لأن كل لفظ تمحضت صيغته للعزم على إنشاء العقد في الحال إنما يرجع فيه إلى الإرادة الظاهرة فينعقد العقد بهذه الصيغة دون بحث في نية المتعاقدين. فلو قال له بعتك سيارتي بألف، وقال الآخر قبلت، انعقد العقد، ولا يسمع كلام من قال منهما بأنه لم يشأ عقد العقد .

أما الألفاظ المتمحضة للدلالة على المستقبل فلا ينعقد بها العقد، ويعتد فيها كذلك بالإرادة الظاهرة وحدها، وتحمل على معنى الوعد ، كأن يقول سوف أبيعك فيقول له الآخر سوف أقبل .

لكن الصيغة التي تحتمل الحال والاستقبال ولا توجد قرينة ترجح أحد الاحتمالين ، فإنه يؤخذ فيها بالإرادة الباطنة وحدها ولا ينعقد العقد بهذه الصيغة إلاّ إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى إنشائه. ولذا لو قال بع سيارتك. فقال الآخر أقبل ، تردد مثل هذاالقول بين الرغبة في عقد العقد في الحال وبين الدلالة على الرغبة في إنشائه في المستقبل فلا يعتد بالإرادة الظاهرة. ويعتد بالإرادة الباطنة، بمعنى أنهما إذااتفقا على أن نيتهما كانت تنصرف إلى إنشاء العقد نشأ العقد وإلاّ فلا .

والقاعدة التي يخلص اليها السنهوري من تحليل آراء الفقهاء في الصيغ التي تنشأ بها العقود أن الأصل في صيغة العقد هو الأخذ بالإرادة الظاهرة إذا كانت هذه الإرادة واضحة. فإن تمحضت الصيغة للحال انعقد العقد وإن تمحضت للاستقبال لا ينعقد . أما إذا كانت الإرادة الظاهرة غير واضحة بأن احتملت الصيغة الحال والاستقبال تعين الرجوع إلى النية ، أي الإرادة الباطنة ، فإذا انصرفت هذه الإرادة إلى الحال انعقد العقد وإلاّ لم ينعقد " (١) .

شروط الإيجاب القبول :

لاينشأ العقد بصدور الإيجاب والقبول إلا إذا توافرت فيهما الشروط التالية :

١- دلالة الألفاظ المستخدمة من العاقدين على توجه الإرادة إلى إنشاء العقد، سواء جرى ذلك بطريق التصريح أو الكناية . فعقد البيع ينعقد بقول البائع

---

(١) مصادر الحق للسنهوري، ١/ ٩٠ .

خذ هذاالمنزل أو اشتره أو تملكه بثمن كذا، ولايشترط أن تكون العبارات من مادة معينة، إلا فى الزواج حيث اشترط بعض الفقهاء أن تكون الألفاظ المستخدمة من الموجب من مادة النكاح والزواج(١) .

٢- توافق الإيجاب والقبول وورودهما على شيء واحد، كأن يقول الموجب أبيعك هذاالكتاب بكذا فيقول الآخر قبلت، أما لو قال قبلت شراء الكراسة بثمن كذا فلا يصلح هذا لعقد العقد، ولكنه يعد إيجاباً جديداً فإن وافق الطرف الآخر عليه انعقد العقد. وقد جاء فى المادة ٨٢ من مشروع القانون المدنى المصرى طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ما يلى :

« يجب لانعقاد العقد أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب ، فإذا اقترن القبول بما يزيد فى الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً » .

٣- اتصال الإيجاب والقبول فى مجلس العقد إن كان الطرفان حاضرين أو فى مجلس علم الطرف الآخر بالإيجاب إن لم يجمع طرفى التعاقد مجلس واحد، وكان أحدهما غائباً عن مجلس العقد .

ويشترط الشافعية أن يكون هذا الاتصال فورياً . فلو انفصل القبول عن الإيجاب بفترة زمنية لم ينعقد العقد لانعدام الاتصال. ذلك أن تلاقى الإيجاب والقبول هو الذى ينشىء العقد، فوجب صدور القبول عقيبه حتى يتلاقيا وينشأ العقد(٢) . ويستلزم هذا الرأى فراغ الموجب والقابل من مرحلة المفاوضة والمساومة وتهيؤهما لعقد العقد بمعرفة مايجب على كل منهما أن يقوله وقصدهما إلى هذا

---

(١) مذهب الاحناف والمالكية ان الزواج ينعقد صحيحاً بكل لفظ يدل على تمليك العين في الحال كالنكاح والتزويج والتمليك والجعل والهبة والعطية بشرط توافر النية على إرادة الزواج بالالفاظ التي تحتمل الزواج وتحتمل غيره ، كما يشترط فهم الشهود الإرادة. أماالشافعية والحنابلة فيشترطون في الزواج ان يكون اللفظ من مادة الزواج أو النكاح نظراً لخطورة هذا العقد .
حاشية ابن عابدين ٢ / ٣٦٨ والقوانين الفقهية لابن جزي ص ١٩٥ ، وبداية المجتهد ٢ /١٦٨ .

(٢) نهاية المحتاج ٣ / ٨ ومغني المحتاج ٢ /٦ .

القول. ويتفق مثل هذا التقييد الذى ذهب إليه الشافعية مع ميلهم إلى تأكيد الاعتماد على الإرادة الظاهرة .

ويفسر جمهور الفقهاء اتصال الإيجاب والقبول بما يشمل كلامن الاتصال الحقيقى والحكمى. ويكفى عندهم لتحقق الاتصال ألا يصدر عن أحد العاقدين ما يدل على إعراضه عن القصد إلى إنشاء العقد. ولذا لو صدر الإيجاب، وظلا يتحدثان فى موضوع قريب من العقد أو سكتا فترة ثم صدر القبول انعقد العقد. وكذا لو أعلنت شركة عن رغبتها فى بيع منزل فكتب إليها أحد الراغبين بما يفيد تقدمه لطلب هذا المنزل، وأرسلت إليه الشركة رداً على خطابه نماذج معينة لكتابة طلبه فيها، وأرسل إليها هذه النماذج مكتوبة، فردت عليه الشركة بخطاب دال على تسلم النماذج المكتوبة، وأن إدارتها بصدد دراسة طلبه، وبعد فترة أرسلت إليه بموافقة الإدارة على تقدمه لشراء المنزل، وطلابها أن يؤكد رغبته فى الشراء إن كان ما يزال راغباً في ذلك، وقد أرسل مرة أخرى بما يفيد استمرار رغبته فى الشراء فأرسلت الشركة العقد بدون توقيع طالبة من العميل القيام بالتوقيع عليه ففعل ذلك وأعاد إرسال العقد إلى الشركة التى قام مديرها بالتوقيع عليه وإرسال صورة منه إلى هذا العميل .

ويرجع إيجاب العميل إلى الطلب الأول الذى كتبه يبدى فيه رغبته فى الشراء، وليست هذه المراسلات المتتالية منه إلا تأكيدات لهذا الإيجاب، على حين أن موافقة مجلس الإدارة تعد قبولاً مشروطاً باستمرار الإيجاب، ولاحق للشركة بعد هذا في الرجوع عن العقد بعد ذلك إن بقى الموجب على إيجابه ، ويتحقق الاتصال بين الإيجاب والقبول على مذهب الجمهور على الرغم من هذا الفاصل الزمني الذي قد يمتد أسابيع بناء على أن العاقدين لم يصدر منهما ما يدل على الإعراض عن العقد. وسند الجمهور في رأيهم هذا هو رعاية مصالح الناس ورفع الحرج عنهم، لأن التعاقد في الأمور الخطيرة بحاجة إلى التروي، والنظر واتخاذ

الإجراءات الملائمة لضمان الحقوق والمصالح، ويستلزم هذا الحكم بأن الفاصل الزمني وحده لا يعني الإعراض عن الإيجاب .

ويتفق الفقهاء على أن الإعراض عن الإيجاب من الموجب أو رفض الطرف الآخر له يبطل الإيجاب ويلغيه، ولذا لاينشأ العقد إذا صدر القبول بعد ذلك. ولذا لو أبدى الموجب إيجابه وأرسلت إليه الشركة النماذج ليملأها فاحتفظ بها ولم يرسلها كان معرضاً عن إيجابه، ولو وافقت الشركة استناداً إلى خطابه السابق لم ينشأ العقد، لأن القبول لم يصادف إيجاباً يرتبط به ويتلاقى معه.

التعاقد بالكتابة والرسالة :

يرى الأحناف والمالكية انعاد العقد بالكتابة، سواء كان الطرفان حاضرين فى مجلس واحد أو كانا متباعدين، وسواء كانا قادرين على النطق أو غير قادرين عليه. والقاعدة الفقهية التى جاءت فى المادة (٦٩) من المجلة العدلية أن « الكتاب كالخطاب ». ذلك لأن المناط فى انعقاد العقد هو الرضا، وتصلح الكتابة فى الدلالة عليه إذا كانت مستبينة واضحة وسالمة من شبهة التزوير. ولا فرق فى ذلك بين أن يكون العاقدان حاضرين فى مجلس واحد أو متباعدين، إلا فى عقد الزواج فيشترط النطق للقادر عليه إن كانا حاضرين[١] .

أما الشافعية والحنابلة فلا ينعقد العقد عندهم بالكتابة إلا إذا كان أحدهما بعيداً عن الآخر[٢] .

والرسول ناقل للإيجاب إلى مجلس العقد، فإذا قبل العاقد الآخر الإيجاب الذى عبر عنه الرسول انعقد العقد لتلاقى الإيجاب والقبول. وكذا لو أمر الموجب بتبليغ إيجابه فنقله من سمعه انعقد العقد بمثل ذلك، لأنه أظهر رضاه بالعقد، ويتحقق الاتصال بين القبول وبين عبارة الناقل للإيجاب.

---

(١) بدائع الصنائع ٥/١٣٧ ، وحاشية السوقي ٣/٣ ، ومواهب الجليل للحطاب ٤/٢٢٩ .

(٢) المغني لابن قدامة ، ٤/٤ ، ونهاية المحتاج ٣/٣٣٤ .

وللموجب الرجوع عن إيجابه قبل تعلقه بالقبول وانعقاد العقد بالتلاقى بينهما. ولذا لاينعقد العقد إذا كتب أحد العاقدين للآخر كتاباً بالإيجاب، ورجع فى إيجابه هذا قبل علم الطرف الآخر به أو وصوله إليه طبقاً لما أخذ به الجمهور خلافاً للمالكية الذين لايجيزون رجوع الوجب عن إيجابه.

التعاقد بالإشارة :

يجوز التعاقد بالإشارة عند المالكية مطلقاً، أى للقادر على النطق والأخرس والمريض الذى لايستطيع الكلام. وعندهم أن العقد ينعقد بكل قول يدل على الرضا وبالإشارة الدالة على ذلك، وهى أولى بالجواز من المعاطاة. لأنها يطلق عليها أنها كلام. قال تعالى : ﴿ آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا ﴾ والرمز الإشارة.. وغير الأخرس كالأخرس إذا فهم عنه بالإشارة.. وكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم بها البيع وسائر القبول»[1] . وهذا هو رأى الحنابلة كذلك.

ولاينعقد العقد عند الأحناف بإشارة القادر على النطق، لأنها نائبة عن اللفظ فلا يصار إليها إلا إذا تعذر النطق به. أما بالنسبة للأخرس فتنعقد العقود عندهم بإشارته . جاء فى المادة (٧٠) من المجلة العدلية أن «إشارة الأخرس المعهودة كالبيان باللسان». ويتفق الشافعية مع الأحناف فى جواز انعقاد العقد بالإشارة عند العجز عن البيان باللسان.

واللافت للنظر أن يجيز الأحناف انعقاد العقد بالتعاطى للقادر على التلفظ بالإيجاب والقبول ، ثم لايجيزون انعقاده بالإشارة، مع أن الإشارة أبين من التعاطى فى الدلالة على إرادة التعاقد. ولذا فإن مذهب المالكية والحنابلة فى جواز انعقاد العقود بكل ما يدل على الرضا فى العرف هو الأوفق فى التعبير عن المصالح فى التعامل وهو الأسلم فى البعد عن التناقض، وهو ماأخذ به القانون العراقى فى

---

(١) مواهب الجليل للحطاب ٤/٢٢٨ ، ٢٢٩ ، وحاشية الدسوقي ٣/٣ ، والزرقاني ٥/٤ .

المادة (٧٩) والسورى فى المادة (٩٣) .

التعاقد بالتعاطى :

التعاطى فى اللغة عبارة عن الأخذ والإعطاء. وفى الاصطلاح هو المبادلة الفعلية الدالة على التراضى دون تلفظ بإيجاب وقبول، من ذلك الدخول فى محل البيع الكبير وأخذ السلع المطلوبة المحددة الثمن والتوجه إلى مكان الخزينة لدفع المطلوب، دون التفوه بلفظ واحد أحياناً. أو مع تبادل عبارات الشكر الآلية وحدها. ومنه أيضاً وضع النقود فى الآلات الموضوعة فى الشوارع للحصول على بعض السلع اليسيرة. كالبسكويت والحلوى والمشروبات الغازية. ويعد نصب هذه الآلات فى أماكنها مع تزويدها بهذه السلع نوعاً من الإيجاب على حين يعد فعل العميل قبولاً.

ومذهب الأحناف والمالكية انعقاد العقد بالتعاطي مطلقاً، وجوازه فى بيع الأشياء الخسيسية والنفيسة، «لأن البيع فى اللغة والشرع اسم للمبادلة.. وحقيقة المبادلة بالتعاطى وهو الأخذ والإعطاء.. فهذا يوجد فى الأشياء الخسيسة والنفيسة جميعاً، فكان التعاطى فى كل ذلك بيعاً فكان جائزاً»[١] .

وينعقد العقد فى التعاطى بقبض البدلين أو بقبض أحدهما، فيكفى لينعقد العقد وضع العميل البضاعة فى السلة المعدة لذلك فى الجمعيات ومحلات البيع الكبرى، ولايشترط إقباض الثمن. جاء فى فتح القدير: «واختلف فى أن قبض البدلين شرط فى بيع التعاطى أو أحدهما كاف. والصحيح الثانى. ونص محمد رحمه الله على أن بيع التعاطى يثبت بقبض أحد البدلين. وهذا ينتظم الثمن والمبيع»[٢] .

---

(١) البدائع ٥/١٣٤، وانظر ايضاً فتح القدير ٥/٧٧، والفتاوي الهندية ٢/١٢٧، والمادة ١٧٥، ١٩٢، من المجلة العدلية، وحاشية الدسوقي ٣/٣ ، ومواهب الجليل للحطاب، ٤/٢٢٨ .

(٢) فتح القدير ٥/٧٧ .

ويشترط لصحة العقد بالمبادلة الفعلية أن تدل هذه المبادلة على رضا معتبر شرعاً، فلا تصحح هذه المبادلة المعاملة الفاسدة. ولذا فلو اتفقا على قرض ربوى وتقابضاه لم يصح. وكذا لو اتفقا على مضاربة فاسدة لتسمية الربح المستحق للمضارب أو لصاحب المال بقدر معين كألف أو ألفين أو عشرين فى المائة من رأس المال لم يصر هذا التعامل إلى الصحة بمجرد التقابض[1] .

ولايخفى أن جواز التعاطى فى انعقاد العقود بدلالته على التراضى مما يدل على توجه الفقهاء الأحناف ومن حذا حذوهم إلى إعمال الإرادة الباطنة متى اتضحت وتم التعبير عنها على أى نحو يدل عليها، سواء باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة أو بأى فعل.

ومذهب الحنابلة جواز البيع بالتعاطى كذلك، لأن الشارع لم يعين لفظاً فى الدلالة على الرضا «فوجب رده إلى العرف كالقبض والحرز، ولم يزل المسلمون فى أسواقهم وبياعاتهم على ذلك. ولم ينقل عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه استعمال إيجاب وقبول (بصيغة معينة) فى بيعهم، ولو استعمل لنقل نقلاً شائعاً ولبينه النبى ص لعموم البلوى به ولم يخف حكمه»[2] .

مذهب الشافعى :

أما الشافعى فلا يجيز البيع بالتعاطى[3] ، متفقاً فى هذا مع اتجاهه العام إلى التأكيد على الصيغة والاعتداد بالإرادة الظاهرة أو الإمعان فى اللفظية فى إطلاق العلامة السنهورى على هذا الاتجاه.

التعاقد بالسكوت :

لايصلح السكوت فى التعبير عن الإيجاب، لأن الإيجاب عرض من أحد

---

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري ١/١١٣ وما بعدها .

(٢) المبدع شرح المقنع لإبراهيم بن مفلح ٤/٦، وانظر المغني ٤/٤ .

(٣) حاشية الجمل ٣/٨ ، والمهذب ١/٢٥٧، ومغني المحتاج ٢/٣

الطرفين إلى الآخر، ولايتصور أن يستخلص هذا العرض من مجرد السكوت »[1]
وكذا لايصلح السكوت بحد ذاته للتعبير عن القبول، وإنما يفيد الرضا والقبول بدلالة الظروف والسياقات المصاحبة. جاء فى المادة (٦٧) من المجلة العدلية أنه « لاينسب إلى ساكت قول، يعنى أنه لايقال لساكت أنه قال كذا. ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان. يعنى أن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان ». ويقضى المنطق بأن العقد لاينعقد إذا عبر الموجب عن إيجابه وسكت الطرف الآخر عن الرد، وإلا انعقد العقد بعبارة الموجب وحدها فى أحوال كثيرة والتزم الطرف الآخر بما لم يرض به. وهناك مع ذلك أحوال يدل السكوت فيها على الرضا والقبول، وهو ما يشير إليه الاستثناء (السكوت فى معرض الحاجة بيان الوارد على القاعدة القاضية بأنه (لاينسب إلى ساكت قول) ومن تطبيقات هذا الاستثناء الأمور التالية:

١- إذا تمحض الإيجاب لمنفعة الطرف الآخر، كما لو وهب الدائن دينه إلى المدين، وكان يخبره بإعارة سيارته إليه فترة من الوقت فيسكت، ومما نص عليه الفقهاء من ذلك أن سكوت المتصدق عليه قبول .

٢- دلالة المعاملة بطبيعتها على أن الموجب لاينتظر القبول من الطرف الآخر، كسكوت المفوض إليه الولاية أو القضاء، ومنه كذلك سكوت الموقوف عليهم عن رد الوقف فإنه قبول.

٣- دلالة العرف التجارى على اعتبار السكوت قبولاً. كأن يرى التاجر ابنه يتصرف بالبيع والشراء فى دكانه ولايعترض عليه فإن هذا يعد منه قبولاً. وكذا لو أقام المستأجر أو النزيل فى الفندق بعد انتهاء المدة المحددة سلفاً كان هذا استمراراً للإجارة السابقة بشروطها المتفق عليها من الطرفين. ولو كان يتعامل مع أحد التجار بإرسال بضاعة إليه بشروط معينة فأرسل إليه بضاعة جديدة ولم

---

(١) نظرية العقد في قوانين البلاد العربية للصدة، ٥٨ .

يعترض الطرف الآخر بعد وصول البضاعة إليه فإن سكوته يعد قبولاً .

ويؤكد اعتبار السكوت قبولاً فى هذه الاستثناءات وما يماثلها على الاتجاه العام فى الفقه الإسلامى إلى الالتفات إلى التراضى وعدم التقيد بشكل لفظى معين للدلالة عليه . وقد نص الفقهاء على أن « العقد ينعقد بالدلالة كما ينعقد بالتصريح »(١) وأن « الشرط قد يثبت نصاً أو دلالة »(٢) ويلاحظ السنهورى أن الشافعية أمعن فى التمسك باللفظية وأن المالكية أوغل فى البعد عن اللفظية والاعتداد بكل ما يدل على الإرادة الباطنة أو الرضا فى الدلالة على العقود .

مجلس العقد :

يجب اتحاد مجلس العقد فى الفقه الإسلامى إن كان المتعاقدان حاضرين للتأكد من حدوث التلاقى بين الإيجاب والقبول ، ولإعطاء المتعاقدين فرصة أخيرة للتدبر والتروى قبل انعقاد العقد(٣) ويلاحظ العلامة السنهورى أن نظرية مجلس العقد لم تعالج علاجاً خاصاً فى الفقه الفرنسى . أما الفقه الإسلامى فقد صاغ لها نظرية .. بلغت من الإتقان مدى كبيراً لولا إغراقها فى المادية ، فلا يطلب من المتعاقد الآخر القبول فوراً ، بل له أن يتدبر بعض الوقت . ولكن من جهة أخرى لايسمح له أن يمعن فى تراخيه إلى حد الإضرار بالموجب بإبقائه معلقاً مدة طويلة دون الرد على ايجابه فوجب إذن التوسط بين الأمرين . ومن هنا نبتت نظرية مجلس العقد »(٤) . وطبقاً لذلك تهدف هذه النظرية التى وجدت عناية فائقة من الفقهاء المسلمين إلى تحقيق ما يلى :

---

(١) المبسوط ١١/١٥٠ .

(٢) البدائع ٥/٢٦١ ، نقلاً عن مصادر الحق ١/١٢٣ .

(٣) أوضح الكاساني ذلك ببيان أن اتحاد المجلس اشترط ضرورة أن العقد لا ينعقد إلاّ بالتلاقي بين الإيجاب والقبول ، ولما كان ذلك غير ممكن عملياً لانه كلما وجد احدهما انعدم الثاني من زمان وجوده . فوجد الثاني والاول منعدم ، فلا ينتظم الركن إلاّ أن اعتبار ذلك يؤدي إلى انسداد باب البيع فتوقف احد الشرطين على الآخر حكما وجعل المجلس جامعاً للشطرين مع تفرقهما للضرورة ، البدائع ٥/١٣٦ .

(٤) مصادر الحق ٢/٦ .

١- إنشاء إطار عام للتلاقى والجمع بين الإيجاب والقبول، وهو ما يعبر عنه الفقهاء بقولهم : «المجلس يجمع المتفرقات»(١) .

٢- إفساح المجال للقابل فترة من الوقت ليتدبر موقفه من الإيجاب، فيقبله أو يرفضه بناء على ما يراه لنفسه، وتقيد ذلك بفترة المجلس كيلا يضر بالموجب لو حكمنا ببقاء الإيجاب دون حد لنهايته.

يتجه الأحناف إلى تفسير المقصود بالمجلس تفسيراً مغرقاً فى المادية، فيحصرونه فى المكان الموجود فيه العاقدان إن كانا حاضرين، أو المكان المادى للقابل إن كان الموجب غائباً عنه، ويرى هؤلاء أن أى اختلاف فى هيئة المتعاقدين أو أى تبدل فى المكان الذى صدر فيه الإيجاب يؤدى إلى اختلاف المجلس وبطلان الإيجاب. وقد ترتب على هذه النظرة الحكم بأن قيام أحد المتعاقدين من قعود مغير للمجلس، وأن العقود لاتنعقد بين ماشيين أو راكبين دابة واحدة أو دابتين لاختلاف مكان الإيجاب عن مكان القبول(٢) .

لكن ذهب جمهور الفقهاء إلى تفسير المجلس تفسيراً آخر يقوم على ما يشبه التواصل بين العاقدين فى أمر العقد والانشغال به إلى حين الانتهاء منه بالإقدام عليه وعقده أو الإعراض عنه وهو التفرق الذى يحتكم فيه إلى العرف، وذلك كأن يعرض الموجب عن إيجابه بالتصريح بهذا، أو بالانشغال عنه بأمر آخر، أو بالحديث مع شخص آخر فى موضوع مختلف، فإذا عبر الطرف الآخر عن قبوله للإيجاب لم ينعقد العقد ، لأن قبوله لم يصادف إيجاباً.

ولايثبت خيار المجلس عند الأحناف والمالكية ويثبته الشافعية والحنابلة(٣).

---

(٣) العناية على فتح القدير ٥/ ٨٧ ، والبدائع ٥/ ١٣٧ .

(١) البدائع ٥/ ١٣٧ ، وفتح القدير ٥/ ٧٨ - ٨٠ ، وحاشية ابن عابدين ٤/ ٢٠

(١) يذهب الاحناف والمالكية إلى انه إذا صدر القبول بعد الإيجاب انعقد العقد، ولا حق لاحد العاقدين في الرجوع عنه ولو بقيا في مجلس العقد. جاء في الهداية : "إذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب وعدم=

ويترتب على القول بخيار المجلس ما لم يصدر ما يدل على الإعراض عن العقد وما دام المجلس قائماً الأمور التالية :

١- لاإلزام للإيجاب قبل صدور القبول، ويستطيع الموجب الرجوع عن إيجابه، ويخالف المالكية فى هذا فلا يثبتون خيار المجلس(١) ولايثبتون للموجب الحق فى الرجوع عن إيجابه قبل صدور القبول أو إبداء القابل ما يدل على إعراضه عن هذا الإيجاب(٢) . ويتفق موقفهم هذا مع رأيهم فى لزوم المواعدة.

٢- ثبوت حق الطرف الآخر فى القبول إلى آخر المجلس مالم يتغير أو يحدث ما يدل على الإعراض عن الإيجاب ، ولاتشترط الفورية إلا عند الشافعية كما تقدم .

٣- بطلان الإيجاب بموت أحد العاقدين أو فقده شرطاً من شروط الأهلية.

موقف القانون من خيار المجلس :

لايثبت المالكية خيار المجلس خلافاً للشافعية والحنابلة والأحناف الذين

= رؤية" فتح القدير ٥/٨٢ . ونص المالكية على ان الخيار لا يكون إلا بشرط واتفاق لا بالمجلس. مواهب الجليل ٤/٤٠٩ . أما الشافعية فيثبتون خيار المجلس. ففي المهذب ١/٢٥٧ : « وإذا انعقد البيع يثبت لكل واحد من المتبايعين الخيار بين الفسخ والإمضاء إلى ان يتفرقا او يتخايرا ... والتفرق ان يتفرقا ... بحيث إذا كلمه على العادة لم يسمع كلامه ... وأما التخاير فهو ان يقول احدهما للآخر اختر إمضاء البيع او فسخه فينقطع الخيار» . وفي المبدع (٤ / ٦٤) ان لكل واحد من المتبايعين الخيار ما لم يتفرقا بابدانهما عرفاً ولو طال المجلس بنوم او تساوقا في المشي او في سفينة. ولهذا لو اقبضه في الصرف وقال امشي معك حتى اعطيك ولم يفترقا جاز» . وإنما يثبت خيار المجلس في البيع والصلح بمعناه . والإجارة ويثبت في الصرف والسلم، لانه يشترط لصحته القبض وهو بيع في الحقيقة. وعنده (احمد) لا يثبت فيهما كخيار الشرط، ولانه يفتقر إلى القبض في الحال، وذلك يقتضي عدم العلقة بينهما وهو ينافيه . ولا يثبت في سائر العقود ، سواء كان لازماً من الطرفين كالنكاح والخلع ، وكذا القرض والوقوف والضمان والهبة الخالية عن عوض، لان فاعل ذلك دخل فيه على ان الحظ لغيره، اومن احد الطرفين كالرهن ... أو جائز من الطرفين كالوكالة والشركة » ، المبدع ٤/٦٣-٦٤ .

(١) مواهب الجليل ٤/٣١١ .

(٢) السابق ٤/٢٤٠ .

أثبتوه على خلاف فيما بينهم فى اشتراط الفورية فى اتصال القبول بالإيجاب، فاشترط الشافعية والحنابلة هذا الشرط كما تقدم. خلافا للأحناف الذين لم يشترطوا هذا الشرط وأجازوا للقابل التروى والنظر إلى آخر المجلس، وهو ما سموه بخيار القبول، إلى حين التفرق أو الإعراض أو تبدل المجلس. وقد أخذت القوانين المدنية المصرية والعراقية والسورية والأردنية بمذهب الأحناف فى ثبوت خيار المجلس بمعنى حق الموجب فى الرجوع عن إيجابه قبل صدور القبول وعدم اشتراط الفورية فى اتصال القبول بالإيجاب[1] .

وبهذا يصل الأمر فى هذه القوانين وفى المذهب الحنفى إلى تفسير قوله صلى الله عليه وسلم «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» بأنه يعنى ثبوت خيار القبول لمن وجه إليه الإيجاب طالما استمر المجلس ولم يحدث ما يفيد إعراض أحد العاقدين عن العقد، بالإضافة إلى ثبوت حق الموجب هو الآخر فى الرجوع عن إيجابه طالما لم يصدر القبول، ولايخالف المالكية فى إثبات خيار القبول لمن وجه إليه الإيجاب طالما استمر المجلس ولم يصدر ما يدل على الإعراض عن العقد، ولكنهم ينكرون حق الموجب فى الرجوع عن إيجابه طالما لم يصدر القبول.

---

(١) جاء في المادة (٩٤) مدني مصري: «إذاصدر الإيجاب في مجلس العقد دون ان يعين ميعاد للقبول فإن للموجب ان يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون او باي طريق مماثل. ومع ذلك يتم العقد ولم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد ما يدل على ان الموجب قد رجع عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل ان ينفض مجلس العقد. وجاء في المذكرة التفسيرية لهذه المادة ما يفيد ان مصدرها في ذلك هو المذهب الحنفي.

والمقصود بمجلس العقد الذي جاء في هذه المادة تحقق الاتصال المباشر بين الطرفين بحيث لا يفصل بين صدور الإيجاب والقبول وبين علم الطرف الآخر باي منهما فاصل زمني، ويتحقق ذلك باجتماع الطرفين في مكان واحد او باتصالهما عن طريق التليفون او ما يشبهه.

وفي المادة (٨٢) مدني عراقي: "المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس، فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول او صدر من احد المتعاقدين قول او فعل يدل على الإعراض يبطل الإيجاب، ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك".

وهذه المادة نص ما جاء في المادة (٩٦) مدني اردني، وتفيد المذكرة التوضيحية ان المذهب الحنفي هو الاصل الذي اخذت منه احكام هذه المادة.

ولايخالف المالكية فى إثبات خيار القبول لمن وجه إليه الإيجاب طالما استمر المجلس ولم يصدر ما يدل على الإعراض عن العقد . ولكنهم ينكرون حق الموجب فى الرجوع عن إيجابه كما تقدم .

التعاقد بين الغائبين :

يتميز التعاقد بين الغائبين بوجود فترة زمنية تفصل بين الإيجاب وبين القبول، وباختلاف مكانهما والزمان الذى عبر فيه كل منهما عن إرادته. من ذلك أن يوجب تاجر فى الاسكندرية بيع بضاعته بإرسال رسالة أو تلكس إلى تاجر فى القاهرة ويوافق هذا التاجر على هذا الإيجاب، وينعقد العقد. لكن متى انعقد هذا العقد ؟ وما مكان انعقاده؟

مذهب الأحناف الذى صرحوا به أن العقد ينعقد عند صدور القبول متى تم تبليغ الإيجاب برسول أو مكاتبة ، وليس للموجب الرجوع عن إيجابه بعد ذلك، ويصح رجوعه قبل القبول ولو لم يعلم به القابل. وفى فتح القدير : «ويصح رجوع الكاتب أو المرسل عن الإيجاب الذى كتبه أو أرسله قبل بلوغ الآخر وقبوله سواء علم الآخر أو لم يعلم، حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لايتم البيع»[1] . وقد تضمنت المادة (٣٤٦) من مرشد الحيران النص على اعتبار مجلس العقد هو مجلس إعلان القبول إذا جرى التعاقد عن طريق المكاتبة. وقد انتهى شفيق شحاته من دراسته لنصوص المذهب الحنفى فى هذا الأمر إلى أن «العقد إذا انعقد بالمكاتبة يتم عند قبول القابل، ولايشترط أن يكون القبول قد وصل إلى علم الموجب».

وقد استند القانونان السورى والأردنى إلى ذلك فى الحكم بأن مكان إعلان القبول هو مجلس العقد الذى يتم فيه، ويتحدد زمان العقد بوقت صدور القبول كذلك، ونص المادة ١٠١ من القانون المدنى الأردنى فى هذا الشأن : «إذا

---

(١) فتح القدير ، نقلاً عن شرح المجلة لسليم رستم باز، ص ٨٦، في التعليق على المادة م١٨٤ من المجلة، وانظر البدائع ٥ / ٧٩ .

كان المتعاقدان لايضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم فى المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك» .

ويترتب على ذلك أن من حق الموجب الرجوع عن إيجابه ما لم يصدر القبول، حتى ولو لم يعلم الطرف الآخر بهذا الرجوع . ويشترط بعض علماء المذهب الحنفى إعلام الطرف الآخر بالرجوع قبل أن يصدر منه القبول منعاً من الإضرار[1] به، وهو الأوفق فى مراعاة مصالح الناس، وخاصة فى الظروف الحديثة التى يتزايد فيها الاعتماد على المكاتبات فى التعبير عن الإيجاب والقبول .

ومن جهة أخرى فإنه لا يشترط الفورية فى الرد على إيجاب المتعاقد الغائب، وللطرف الآخر أن يتروى إلى نهاية المجلس إن بلغه الإيجاب بطريق الرسول ما لم يصدر منه ما يدل على إعراضه عن الإيجاب . أما إذا بلغه بطريق الكتابة، وقرأه الطرف الآخر ولم يعرض عنه، ثم أعاد الاطلاع عليه فى مجلس آخر فله أن يعقد العقد بقبوله، ويكون اطلاعه الآخر بمثابة تكرار للإيجاب .

ويجوز الرد على الإيجاب بالكتابة أيضاً. جاء فى حاشية ابن عابدين : «قلت ويكون بالكتابة من الجانبين ، فإذا كتب اشتريت . . بكذا فكتب إليه البائع قد بعت فهذا بيع»[2] .

توقيت الإيجاب :

إذا قيد الموجب نفسه بوقت معين، كأن عرض منزله للبيع بمائة ألف على شخص معين، وقال له : إننى على إيجابى هذا لمدة عشرة أيام إن وافقت أثناءها فهو لك، فهل يلزمه ذلك ؟ .

---

(١) الفتاوي الهندية ٣/٨ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٤/١٤ ومصادر الحق للسنهوري، ٢/٥٩ .

لا يلزمه هذا التقييد عند جمهور الفقهاء وينتهى إيجابه بانتهاء المجلس وله الرجوع أثناءه قبل صدور القبول، وكأنه لم يوقت، لأنه متبرع بهذا التوقيت فلا يلزمه . ولو قيد الموجب نفسه بمدة تنتهى قبل انتهاء المجلس كان انتهاؤها بمثابة إعراض منه عن الإيجاب فيبطل .

غير أن المالكية قد خالفوا الجمهور وذهبوا إلى أن الموجب إذا قيد نفسه بمدة تقيد بها، لأن مذهبهم هو لزوم العدة ، وعندهم تفريعاً على ذلك، أنه ليس للموجب الرجوع عن إيجابه قبل أن يرد عليه الطرف الآخر بالرفض أو القبول ما داما فى المجلس، كما أنهم ذهبوا إلى أنه إذا قيد الموجب نفسه بمدة تقيد بها ، ولم ينته إيجابه بانتهاء المجلس. ويتقيد الإيجاب عندهم كذلك بما يجرى به العرف . ولذا لو قال الموجب أنا ملزم بإيجابى عشرة أيام على سبيل المثال التزم ببقاء الإيجاب هذه المدة، وليس له الرجوع عنه أثناءها، حتى لو رجع في هذه الأثناء وقَبِلَ الطرف الآخر قبل انتهاء المدة لم يُفِدْه رجوعه وانعقد العقد . وينتهى الإيجاب بمضى المدة التى حددها لنفسه[1] .

وغنى عن البيان ، كما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمادة (٩٨) مدنى أردنى، أن الإيجاب الملزم مختلف عن الوعد بالتعاقد الذى يتميز بأنه اتفاق بين إرادتين ، على حين أن الإيجاب الملزم من قبيل الإرادة المنفردة .

وهكذا يتضح رجوع المادة ٩٣ من القانون المدنى المصرى والمادة (٨٤) مدنى عراقى والمادة (٩٨) مدنى أردنى إلي أحكام المذهب المالكى فى الحكم بلزوم الإيجاب المقيد بفترة معينة وبطلان الرجوع عنه أثناء هذه الفترة .

القبول فى عقود المزايدات :

يفترق بيع المزايدة عن بيع المستام على سوم أخيه من جهة ميل البائع إلى

---

(١) مواهب الجليل ٢٤١/٤ ، والرهوني ١٩/٥ .

الموافقة على سوم المشترى بالثمن الذى يعرضه عليه لولا تدخل هذا المستام، وهو ما يؤدى إلى إيغار نفس المشترى وسخطه من هذا التدخل. ولهذا حَرُمَ هذا النوع من التعامل. أما بيع المزايدة أو « بيع من يزيد » فلا يركن فيه البائع إلى أحد، ويحقق مصلحة البائع دون إضرار بأحد[1] . وافتتاح المزايدة على الثمن دعوة للتقدم بالعطاءات ، والإيجاب هو التقدم بالعطاء، أما القبول فهو إرساء المزاد.

أحكام بيع المزايدة :

١- إلزام صاحب العطاء الأزيد بالبيع بمجرد إمضاء صاحب السلعة هذا العطاء. ولا حق له فى الرجوع عن إيجابه بعد موافقة صاحب السلعة لانعقاد العقد بذلك. جاء فى مواهب الجليل : « كل من زاد فى السلعة لزمته بما زاد فيها إن أراد صاحبها أن يمضيها له »[2] .

٢- الإيجاب الذى يتقدم به صاحب العطاء إيجاب ملزم ، فيما أخذ به المالكية وكثير من القوانين العربية ، باعتبار أن الموجب أصدر إيجابه مقيداً بعدم الرجوع عنه فيتقيد بذلك. أما على مذهب الشافعية والحنابلة فمن حق صاحب العطاء أن يرجع فى إيجابه لحقه فى خيار المجلس .

٣- يسقط العطاء بعطاء يزيد عليه، إذ القاعدة العامة أن الإيجاب ينتهى إذا لم يصادفه القبول. ويعد الانشغال بالإيجاب الجديد أو العطاء اللاحق إعراضاً عن العطاء السابق ، حتى ولو كان هذا العطاء اللاحق فاسداً أو باطلاً .

٤- يسقط العطاء كذلك بإقفال المزايدة دون إرساء البيع على أحد ، ويعد هذا الإقفال إعراضاً من صاحب السلعة عن كل إيجاب أو عطاء.

٥- لا يلزم صاحب السلعة قبول أزيد عطاء فى المزايدة، ويخير فى القبول أو الرفض، لأنه لا بيع بدون رضا .

---

(١) البدائع ٢٣٣/٢٣٣٥، وتبيين الحقائق ٦٤٧/٤، وفتح القدير ٢٣٩/٥، والفتاوي الهندية .

(٢) مواهب الجليل ٢٣٧/٤ .

وقد أخذت القوانين المدنية المصرى والعراقي والسورى والأردنى بأكثر هذه الأحكام المستمدة من الفقه الإسلامى(١) .

القبول فى عقود الإذعان :

عقود الإذعان ثمرة التطور الاقتصادى وآلة من آلات التقدم الاجتماعى الذي أسفرت عنه الحياة الحديثة وأسلوب لتنظيم كثير من المجالات الحيوية التى لا غني للجمهور عنها، كمجالات الكهرباء والغاز والمياه والسكك الحديدية والتليفونات والتلغرافات وما إلى ذلك . ولم يتطور تنظيم هذه العقود فى الفقه الإسلامى على النحو الذى نشهده فى الفقه الغربى ، لظروف النشأة الحديثة لهذه العقود .ومع ذلك فقد أصبح تناول هذه العقد من وجهة الفقه الإسلامى أمراً لازماً بعد تغلغلها المفاجىء فى صميم حياتنا وعلاقاتنا الاجتماعية. ويجب تحديد السمات العامة والمعانى المميزة لهذه العقود للحكم عليها على ضوء هذا التحديد، وإنما تتميز هذه العقود بالسمات التالية :

١- تعلق العقد بالسلع والمرافق والخدمات الضرورية لعموم الناس .

٢- سيطرة المنظمات الضخمة على هذه السلع والمرافق والخدمات ، بحيث تنعدم المنافسة فى تقديمها أو تقل . ولا يستطيع الجمهور لهذا أن يرفض التعاقد مع شركة معينة للكهرباء أو الغاز أو للتليفونات ويتعامل مع شركة أخرى، لانعدام المنافسة فى هذه المجالات أو قلّتها

٣- قدرة هذه المنظمات على فرض شروطها ومصالحها فيما تبرمه من عقود مع المتعاقدين معها. يتضح ذلك فى أنك إذا رغبت فى السفر على إحدى البواخر، فإن الشركة التى تتعاقد معك على ذلك سترسل لك تذكرة مدوناً عليها الشروط التى يجب أن تقبلها ، سواء قرأتها أو لم تقرأها، وستجد أن هذه الشروط إنما صيغت بعناية لمصلحة الشركة وليس لك الحق فى تعديل أى منها .

---

(١) راجع المواد ٩٩ مدني مصري، ١٠٠ مدني سوري، ٨٩ مدني عراقي، ١٠٣ مدني أردني .

ولا تستطيع تحسين موقفك التعاقدى باللجوء إلي شركة أخرى تُسَيِّر سفنها إلى المكان الذى تقصده لأنك ستواجه بالشروط نفسها أينما ولّيت وجهك .

ويقيم العلامة السنهورى اجتهاده لتحديد حكم عقود الإذعان من وجهة الفقه الإسلامى بلمح معنى الاحتكار الذى يشيع فى هذه العقود وتستند إليه المنظمات العملاقة لإجبار الناس على الرضوخ لشروطها . والثابت بيقين أن الشريعة الإسلامية حرمّت الاحتكار بوجه عام وتعقبته فى صورتين من صوره المألوفة فى الماضى ، وهما بيع متلقي السلع وبيع الحاضر للبادى[1] . وينتهى السنهورى من ذلك إلي الحكم بكراهة عقود الإذعان من وجهة الفقه الإسلامى إذا انطوت علي معنى الاحتكار، لما فيها من ظلم للمتعاملين بها .

ويبدو لى وجوب إضافة معنى آخر للتعرف على موقف الفقه الإسلامى من عقود الإذعان، ويتمثل هذا المعنى فى إسراف هذه المنظمات الضخمة فى وضع ما تشاء من الشروط المتعسفة الظالمة التى لا تخلو من تناقض مع أصول الشريعة ومبادئها العامة. من ذلك هذه الشروط التي تضعها هذه المنظمات لإبعاد هذه المسئولية عنها والتنصل منها حتى فيما يتعلق بالأضرار الناشئة من إهمال موظفيها أو تقصيرهم، وقد يوضح ذلك قضية معروفة فى القانون الانجليزى وهى قضية السيدة التى سافرت فى سفينة لإحدى شركات النقل البحرى، وفى أحد الموانى وعند صعود السيدة للسفينة هبت ريح مفاجئة فارتدّت السفينة إلى البحر مسرعة وابتعدت عن الأرض ووقعت السيدة فى الماء وأصيبت بأضرار جسيمة. غير أنها

---

(١) انظر الحكم بكراهة الاحتكار في الفتاوي الهندية ٣/٢١٣، والمدونة الكبرى ١٠/١٢٣ وما بعدها، والقوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٥٥ وما بعدها ، والمهذب ١/٢٩٢ ، والمغني ٤/٢٨٢ وما بعدها، وتلقى السلع او الركبان او الجلب هو ان يعلم التاجر بقدوم المنتجين إلى السوق فيلقاهم خارج المصر ويشتري ما معهم ليتحكم في الثمن عند عرض البضاعة في السوق وعرفه بعضهم بانه تلقي التاجر للمنتجين خارج السوق فيشتري منهم ما معهم بسعر اقل من السعر الحقيقي .
اما بيع الحاضر للبادي فهو تعمد بعض التجار التخصص في البيع لاهل البوادي بثمن مرتفع لجهلهم بثمن السوق، وعرفه بعضهم بان معناه ان يمنع الحضري البدوي من بيع ما معه من السلع بنفسه ، ويطلب منه ان يوكله في البيع بدلاً عنه بثمن غال. البدائع ٥/٢٣٢ .

لم تستطع مقاضاة الشركة لطلب التعويض عن هذه الأضرار لوجود شرط فى عقد النقل يقضى بإعفاء الشركة من تحمل مثل هذه المسؤلية . غير أن المحامى الذكى لهذه السيدة نصحها برفع دعوى على قائد السفينة لمطالبته بالتعويض بناء على أنه لا يوجد مثل هذا الشرط الذى يعفيه من المسؤلية. والتفتت الشركة إلى وجوب مدّ الإعفاء من المسئولية تجاه العملاء إلى ملاحى سفنها وقوادها (١) . ومن وجهة الفقه الإسلامى فإن مثل هذه الشروط التى تدفع المسئولية عن الإهمال والتقصير لا تصح لمناقضتها للأصل التشريعى القاضى بمسئولية كل امرىء عن فعله.

وهكذا يقوم الحكم على عقود الإذعان من وجهة الفقه الإسلامى بالنظر إلى هذين الأمرين :

١- كراهة الاحتكار ومنع التأثير على قوى العرض والطلب .

٢- بطلان الشروط المناقضة لأصل شرعى أو للعدالة أو للعرف .

ولا يخفى أن القبول فى عقود الإذعان هو التسليم بالشروط التى يضعها الموجب ولا يقبل التعديل فيها . ويجب إعطاء القاضى حق التدخل بمقتضى ولايته العامة لتعديل ما لا يتلاءم من هذه الشروط مع مقتضى العقد أو يخالف أصلاً شرعياً عاماً طبقاً لما سبق توضيحه .

بيع العربون :

بيع العربون -بفتح العين أو ضمها- هو الاتفاق على إعطاء المشترى قدراً من المال إلي البائع بحيث يحسب هذا القدر من الثمن إن نفذ البيع ويستحقه البائع إن رجع المشترى فى البيع ، أما إن رجع البائع فإنه يرد هذا القدر ومثله معه . وقد أخذت القوانين العربية بجواز هذا النوع من التعامل، واتفقت فيما بينها على أن دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد حق الطرفين فى العدول عن العقد ، وأن المشترى إذا رجع يخسر العربون الذى دفعه ، أما إذا كان البائع هو الذى رجع

---

(١) طريق نحو العدالة ، لورد دينتج، ترجمة محمد عبد الله مشاري وآخر، طبعة دار الجيل، ص ١١٠ .

فإنه يرد العربون ومثله معه(١) .

وقد كان هذا النوع من التعامل معروفاً منذ بداية التطور الفقهى ، ولذا تناول الفقهاء أحكامه واختلفوا فيه إلى فريقين :

ذهب أول هدين الفريقين إلى بطلان هذا النوع من الاتفاق ، وهذا هو رأى مالك والشافعية والأحناف، واستدلوا لمذهبهم هذا بالأدلة التالية :

١- روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : « نهى رسول الله ص عن بيع العربان » رواه كل من مالك وأحمد والنسائى وأبو داود .

٢- اشتمال هذا البيع على شرطين فاسدين ، أولهما إيجاب من يرجع فى العقد ما يساوى مقدار العربون على نفسه للطرف الآخر، والثانى عدم لزوم العقد وحق كل منهما فى الرجوع عن العقد . وكل من هذين الشرطين لا يجوز لأن فى الاتفاق الأول ما يؤدى إلى أكل أموال الناس بالباطل، وقد قال الله : ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾ ، كما أن فيه تعريض المال للخطر وفى الشرط الثانى مناقضة لمقتضى العقد من حيث لزومه فى العقود اللازمة . فلو كان الاتفاق على بيع بعربون لأفاد حق كل منهما فى الرجوع عن البيع لقاء مقدار العربون ، وهو ما يخالف مقتضى عقد البيع والمصلحة التي شرع من أجلها ، وهو نقل ملكية المبيع إلى المشترى والثمن إلى البائع على نحو يفيد اللزوم(٢) .

أما الفريق الثانى من الفقهاء ، فيرى جواز مثل هذا الاتفاق، وهو رأى عمر ابن الخطاب وعبد الله بن عمر وزيد بن أسلم وأحمد بن حنبل. ويستدلون لهذا بالأدلة التالية :

١- روى زيد بن أسلم أنه سئل ص عن بيع العربان فأحله . وكذلك

---

(١) المادة ١٠٣ مدني مصري، ١٠٤ مدني سوري، ٩٢ مدني عراقي، ١٠٧ مدني أردني .

(٢) راجع رأي هذا الفريق في نيل الأوطار ٥/١٦٣ ، وسبل السلام ٣/١٧، وتنوير الحوالك ٢/١١٨، والدسوقي ٣/٦٣ ، وبداية المجتهد ٢/٢٧٥، ومواهب الجليل ٤/٣٦٩ .

فقد اشترى نافع بن الحارث من صفوان بن أمية داراً لعمر ابن الخطاب بأربعة آلاف درهم واشترط عليه نافع أنه إذا رضى عمر فالمبيع له وإن لم يرض فلصفوان أربعمائة درهم.

٢- تضعيف عدد من الأئمة حديث النهى عن بيع العربون ، وليس فيه أكل أموال الناس بالباطل للرضا به ، وتحقيقه لما يظنه كل من المتعاقدين مصلحة له.

٣- قبول التعامل به فى العرف الذى لا معارض له فى الشرع[١]

وقد جاء في المادة (٣٠٩) من مجلة الأحكام الشرعية ، وهى تقنين لأحكام المذهب الحنبلى فى المعاملات ، بخصوص بيع العربون ما يلى : « يصح بيع العربون ، وهو أن يشترى شيئاً ويعطى البائع شيئًا من الثمن عربوناً على أنه إن أخذ المبيع فهو من الثمن وإلا فهو للبائع، فإن تم البيع احتسب العربون من الثمن وإلا كان للبائع ، لكن إذا لم يصرح بذلك لا يكون للبائع . أما إذا لم يجر العقد بينهما ودفع له درهماً وقال له لا تبع لغيرى فإن لم أشتره فالدرهم لك ثم لم يشتره رجع بالدرهم » .

والحاصل أن المذهب الحنبلى هو الذى يتفق مع الأعراف المقبولة الآن فى تصحيح بيع العربون ، ويمكن أن يعد مصدر القوانين المعمول بها فى البلاد الإسلامية فى هذا الشأن .

العقد بحكم القاضى :

إنما يقوم العقد على التراضى بين المتعاقدين ، ولا حق للمحكمة أو لأية جهة أخرى فى إنشاء عقد وطرح الإلزام به على أحد من الناس ، ويتنافى التسليم للمحكمة بهذا الإلزام مع مفهوم التعاقد الحر وسلطان الإرادة فى إنشاء العقود .

---

(١) إعلام الموقعين ٣/٣٩٨ ، وكشاف القناع ٣/١٩٥، والمغني ٤/١٧٥ وما بعدها ، والبحر الزخار ٣/٢٩٥ .

ولا نزاع فى هذا بين أحد من الفقهاء، غير أننا نجد كثيراً من الظروف والمناسبات التى تستدعى تدخل القضاة والمحاكم لإنشاء الأحكام الملزمة المندرجة تحت عقد من العقود ، على نحو يشى بنية المحكمة التى أصدرت مثل هذه الأحكام على افتراض قيام علاقة تعاقدية بين المدعى والمدعى عليه . وقد طور القانون الانجليزى فكرة العقود المفترضة Presumed Contracts لتقديم تفسير لجهود القضاة فى الوصول إلى حلول أقرب إلى المنطق فى ترتيب حقوق المتنازعين وضبطها فى عدد من الظروف المحددة . من ذلك، على سبيل التوضيح، هذه الأحكام القضائية العديدة المتعلقة بحق المتنازعين فى الإقامة أو ملكية المسكن الذى كانوا يعيشون فيه أو تحملوا بعض العبء فى الوفاء بقيمته أو أجرته . ومن الصور المألوفة لمثل هذا النزاع أمام المحاكم الانجليزية أن تطالب امرأة بحقها فى منزل اشتراه زوجها بالتقسيط أثناء حياتهما معاً ، على أساس أنها كانت تسهم معه فى الوفاء بهذه الأقساط من دخلها الخاص ، وأنه لم تكن هناك قبل انفصالهما أية ضرورة لإثارة مسألة نصيبها وتعيين مقدار ما تملكه من هذا المنزل. ويجد القضاة أنفسهم فى موقف صعب للغاية حيث لا يوجد اتفاق بين الطرفين لتحديد نصيب كل منهما عند الانفصال . من ذلك أنه فى قضية Tammer v. Tammer ١٩٧٥م أنجبت امرأة توأما من المدعى، فتركت شقتها التى كانت تسكنها بالإيجار وانتقلت إلى منزله لتقيم بالأولاد مع والدهم، واستمر ذلك إلى أن هجرها المدعى وأراد طردها من منزله، فحكمت المحكمة برئاسة اللورد ديننج بحق المرأة فى البقاء مع أولادها فى هذا المنزل حتى يكبروا ويكملوا تعليمهم المدرسى. وذكر هذا القاضى فى حكمه أن عمل المحكمة فى هذه القضية هو افتراض عقد فى حق الأطراف أو فرضه عليهم إن لزم الأمر .

ومن هذا القبيل تعاقد المورد لسلعة معينة (الصانع غالباً) مع التاجر على ضمان السلعة من العيوب الفنية مدة معينة ، فإذا باع التاجر السلعة إلى المستهلك حق لهذا المستهلك أن يقاضى المورد ، وتتكىء المحكمة على الضمان المتجه للتاجر

لتحكم بافتراض وجود عقد بين المورد والمستهلك كذلك[١] .

ويبدو لى أن هناك كثيراً من المسائل والأقضية التى خول فيها الفقه الإسلامى للقضاة والمحاكم الحق في إقامة علاقات تعاقدية بين المتنازعين بغية الوصول إلى الإنصاف والعدل المأمور بهما . وفيما يلى بعض صور هذه المسائل :

١- فرض مهر المثل وأجر المثل وثمن المثل فى الأحوال التى لا يوفق فيها الأطراف فى الزواج أو الإجارة أو البيع إلي الاتفاق على التسمية الصحيحة .

٢- استند علماء المذهب الحنفى إلى افتراض التعاقد لإيجاب ضمان منفعة المشروعات المعدة للاستغلال والتربّح، كالفنادق ، فعندهم أن المنفعة لا تضمن إلا بالعقد ، ولا يجب شيء على مَن غصب داراً فسكنها أو سيارة فاستعملها، لكن لو استأجر الدار أو السيارة فترة بأجرة معينة ضمن هذه الأجرة بالعقد والاتفاق . غير أن ظهور المشروعات التجارية أوجد الحاجة إلي حمايتها، فاتجه علماء المذهب الحنفى إلى استثناء منافع المشروعات التجارية (المعدة للاستغلال والتربح) من هذا الأصل العام ، ورأوا أن الذى يبيت فى الفندق بإذن أو غير إذن، أو بعد المدة المتفق عليها، يعتر موافقاً على الشروط التى تتعامل بها إدارة الفندق مع النزلاء [٢] .

٣- للقاضى بيع مال المحجور عليه (المفلس) ويوفى من ثمن البيع ديون الغرماء وهذا هو رأي جمهور الفقهاء خلافاً لأبي حنيفة .

٤- الوكيل بشراء شيء بعينه بثمن معين لو اشتراه لنفسه بهذا الثمن لا يقع الشراء له ، ويحكم القاضى برد العقد إلى الأصيل [٣] .

(1) An Introduction to The Law of Contract By P. S. Atiyah PP. 96 - 117 .

(٢) انظر ضمان المنافع في المذاهب المختلفة في ضمان العدوان للمؤلف .

(٣) المادة ١٤٨٥ من مجلة الأحكام العدلية .

٥- الإنفاق على الملك المشترك بإذن القاضى يوجب الرجوع على الشريك، ويحكم القاضى له بالرجوع علي الرأي الآخر بحصته ، باعتبارها ديناً عليه، ويحكم له القاضى بالحق فى تأجير الملك المشترك واستيفاء الدين من أجرته (١).

٦- إذا انقضت مدة الإجارة المتفق عليها وبالأرض زرع لم يدرك أوان حصاده أو شجر أثمر ولم تطب بعد ثماره فإنه يترك المدة اللازمة لحصاد الزرع ونضوج الثمر بأجرة المثل ، ويفرض القاضى استمرار العقد بينهما هذه الفترة(٢).

٧- إذا أجر ناظر الوقف الدار الموقوفة أو الأرض الموقوفة بأقل من أجر المثل نقض القاضى هذا الاتفاق ورفع الأجرة إلي أجرة المثل (٣).

٨- الإنفاق على الملك المشترك بإذن القاضى يوجب الرجوع بالنفقة على الشريك الذى لم ينفق بمقدار حصته في هذا الملك .

وليس هذا مجال استقصاء حالات العقود التى يفرضها القاضى علي المتنازعين، وإنما قصدت إلى لفت النظر إلي هذا المفهوم لتحديده فى الفقه الإسلامى ومعرفة المجالات التى يكثر وقوعه فيها وسلطة القضاة فى تعديل التعاقدات والشروط، وهو ما أحسب أنه بحاجة إلى عمل مستقل وجهد خاص .

ولا يفوتنا أن نشير إلى أن مفهوم «العقد المفترض Implied Contract» الذى تعرف عليه القضاء الانجليزى فى العقد الرابع من هذا القرن هو ما استند إليه عمر ابن الخطاب فى قضائه بتنصيف الربح الذى أصابه ولداه عبد الله وعبيد الله بينهما وبين بيت المال . ذلك أن أبا موسى الأشعرى والى البصرة كان قد أراد إرسال مال إلى عاصمة الخلافة : المدينة . وعلم بتوجه ابنى عمر إليها، فحمّلهما

(١) المادة ١٣١٣ من المجلة العدلية .

(٢) المادة ٦٦١، ٥٥٢، من مرشد الحيران .

(٣) المادة ٦٧٢ من مرشد الحيران .

المال المطلوب حمله، وأوعز إليهما أن يشتريا بضاعة ترخص بالبصرة وتغلو بالمدينة ليبيعاها هناك، ويدفعا بأصل المال إلى الخليفة، ويأخذا ربحه. ولما فعلا ذلك أراد عمر أن يأخذ المال والربح كله، بناء على أنه متولد من رأس المال المملوك لبيت المال فيعود إليه. غير أن هذا الحكم يناقض أصلاً شرعياً، هو الخراج بالضمان، وأن المال لو هلك كان على حسابهما. وجاء الحل الأكثر اتفاقاً مع العدالة فيما عبر عنه أحد الصحابة بقوله: «هلا جعلته مضاربة بالنصف بينهما وبين بيت المال».

الفصل الثاني

الأهلية وسلطان الإرادة وعيوبها

المبحث الأول

الأهلية

معنى الأهلية ونوعاها :

تعتبر الأهلية Legal Capacity في قوانين البلاد العربية من مسائل الأحوال الشخصية، وتطبق على جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين ، فيرجع فيها إلى أحكام الفقه الإسلامي، وذلك فيما عدا المسائل التي نظمتها القوانين المدنية . وقد تناول القانون المدني المصري عدداً من أحكام الأهلية في المواد ٤٤ إلى ٤٨ ٠

والأهلية في اللغة بمعنى الصلاحية؛ ففلان أهل لتولي هذا العمل أي صالح لتحمله والالتزام بتبعاته. وهي في الاصطلاح الأصولي عبارة عن صلاحية الإنسان لأن تثبت له حقوق قبل الغير وتثبت في ذمته التزامات نحوهم ، وصلاحية لاستعمال هذه الحقوق وأداء هذه الالتزامات. ويمكن تعريفها بانها صفة يقدرها الشارع تجعله محلاً صالحاً للخطاب التشريعي ٠

وتندرج الأهلية في الإنسان منذ أن يبدأ وجوده إلى أن يكتمل نموه؛ فتثبت له بعض الحقوق أولاً، كحق الميراث، الذي يتهيأ له وهو ما يزال جنيناً، ثم تكتمل حقوقه كلها، وتجبر عليه بعض الحقوق بعد ولادته ثم تصح منه بعض التصرفات ٠ فإذا اكتمل نموه الجسمي والعقلي اكتملت أهليته ٠

وتثبت الأهلية في درجاتها المختلفة بتقدير الشارع ، لأنه هو الذي يعود إليه التكليف بالأحكام ٠

ويفيد هذا التعريف للأهلية أن لها نوعين :

أولهما - أهلية الوجوب ، وهي أهلية الإنسان لأن تثبت له الحقوق وتجب عليه الواجبات ، أو أنها صلاحية الشخص للإلزام والالتزام، والمراد بالإلزام ثبوت الحقوق له كانتقال الملك له وكوجوب نفقته على الغير إن لم يكن له مال. والمراد بالالتزام ثبوت الحقوق عليه كوجوب نفقة الغير عليه ووجوب قيمة ما يتلفه من أموال الغير .

والثاني - أهلية الأداء : وهي صلاحية الشخص لأن ينشئ على نفسه الالتزامات، ولأن تعتبر أقواله وأفعاله وتترتب عليها آثارها الشرعية . وقد تعرف بأنها صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل .

وبهذا فإن أهلية الأداء لا وجود لها في الطفل قبل أن يصل إلي السن التي يغلب على الظن تمييزه فيها، وهي السن التي يتهيأ فيها لفهم الخطاب التشريعي على وجه الإجمال. وتفترق عن أهلية الوجوب التي تثبت للإنسان بمقتضى إنسانيته على حين أن أهلية الأداء مرتبطة بالعقل والإدراك .

أهلية الوجوب :

تقدم أن أهلية الوجوب هى صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له ووجوب الواجبات عليه. والفرق بين الذمة وبن أهلية الوجوب أن الذمة وعاء اعتبارى أو محل افتراضى لهذه الحقوق والواجبات ، على حين أن الأهلية هى الصلاحية لتحمل هذه الحقوق والواجبات وحصولها فى الذمة .

ومناط أهلية الوجوب والمعنى الذي تثبت به هو الإنسانية ، وبها صلح الشخص لأن تثبت له الحقوق وتجب عليه الواجبات بمجرد كونه إنساناً ، سواء كان جنيناً أو طفلاً مميزاً أو غير مميز ذكراً أو أنثى .

ويجرى التمييز بين أهلية الوجوب الثابتة للجنين منذ الفترة المحتملة للعلوق وبين ما يثبت منها للولد بعد انفصاله عن أمه وولادته حياً. ذلك أنه لا تلزمه قبل ولادته واجبات من أى نوع وإنما تثبت له الحقوق المالية التى لا تفتقر إلى إجازة من أحد . أما بعد ولادته حياً فتثبت له الحقوق ويخاطب بالواجبات المالية التى تقبل النيابة في الأداء

وإنما يقابل أهلية الوجوب ما يعرف بالشخصية القانونية فى التفكير القانونى . وتبدأ حسبما هو مقرر فى القوانين العربية بالحمل شريطة نزوله وولادته حياً وتنتهى بالوفاة . ولا تُخْلع هذه الشخصية على الجمادات أو الحيوانات(١) .

أهلية الأداء :

سبق تعريف أهلية الأداء بأنها أهلية المكلف لإنشاء الالتزامات وترتب الآثار الشرعية على أقواله وأفعاله، وهى بهذا عبارة عن صلاحي مباشرة التصرفات على وجه معتبر شرعاً .

ومناط هذه الأهلية والمعنى الذى تثبت به هو التمييز، فحيث يوجد التمييز تتوافر الأهلية وتكون كاملة أو ناقصة تبعاً لما إذا كان التمييز كاملاً أو ناقصاً، ويجرى التفريق لهذا بين نوعين من أهلية الأداء :

الأول : أهلية الأداء الناقصة، وتثبت لمن توافر لديه التمييز الناقص، كالصبى الذى بلغ سبع سنين، وكالمعتوه الذي لم يذهب عقله ويدرك نتائج أقواله وأفعاله . ويجوز عند الأحناف والمالكية مباشرة المميز للعقد على التفصيل التالى :

١- التصرفات النافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة والوصية والكفالة بالدين: تصح هذه التصرفات من المميز دون توقف على إجازة أحد .

٢- التصرفات الضارة بالصغير ضرراً محضاً كتبرعه بالوقف أو الهبة أو

---

(١) راجع المادة ٢٩ مدنى مصرى والمادة ٢١ سورى والمادة ٣٠ اردنى والمادة ٣٤ عراقى .

الوصية فهذه لا تصح منه مطلقاً ولا تنعقد أصلاً، بل لا يملك الولى إجازتها، لأن تصرفه منوط بالمصلحة ، ولا مصلحة للصغير فى هذه التصرفات .

٣- التصرفات المترددة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة، فهذه يجوز للمميز مباشرتها ، وتصح منه موقوفة على إذن الولى للتأكد من موافقة تصرف القاصر لمصلحته .

والنوع الثانى : أهلية الأداء الكاملة، وتثبت للمميز العاقل البالغ الرشيد، ويحق للمتمتع بهذه الأهلية مباشرة أنواع التصرفات وتصح منه جميع العقود دون توقف على إجازة أحد ، ما لم يكن محجوراً عليه لسفه أو فلس .

ولا يكفي مجرد البلوغ لثبوت أهلية الأداء الكاملة، وإنما يشترط الرُّشد لقوله تعالى : (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم)[١] ، إذ تأمر هذه الآية بدفع أموال الصغار إليهم متى بلغوا القدرة على النكاح وظهر منهم الرُّشْد فى التصرفات . والرشد هو الخبرة بأحوال الناس فى التعامل ومعرفة وجوه التصرفات وما تؤدى إليه . وقد جاء في المادة : ٩٤٧ من المجلة العدلية أن : « الرشيد هو الذى يتقيد بحفظ ماله ويجتنب الإسراف والتبذير»، وأوضحت المادة ٩٨١ من المجلة العدلية اشتراط التحقق من رشد القاصر بعد بلوغه لدفع أمواله إليه ، ولفظها: « لا ينبغى أن يستعجل فى إعطاء الصبى ماله عند بلوغه بل يجب أن يجرى بالتأنى فإذا ثبت رشده تدفع إليه حينئذ أمواله » . ويتضح من هذا اشتراط البلوغ البدنى الذى هو أمارة استيفاء البدن لقدراته المتنوعة المادية والنفسية والعقلية، بالإضافة إلي الرشد الناشىء عن الخبرة والتجربة ومعرفة أوجه حفظ الأموال .

ويلاحظ اتجاه التفكير الفقهى إلى وضع حد التمييز الناقص المنوط به أهلية الأداء الناقصة ببلوغ سن معينة ، هو سبع سنين، على حين اتجه هذا التفكير فى

---

(١) النساء : ٦.

وضع حد التمييز الكامل المنوط به أهلية الأداء الكاملة بوصفى البلوغ والرشد لا بالسن، مما يدل على التحوط فى شأن الأهلية الكاملة والنظر فى تقدير كل حالة إلى ظروفها الخاصة والتيقن من قدرة الشخص موضع النظر على إدارة أمواله بقدر معقول من حُسن التصرف، وذلك قبل الحكم بتسليم أمواله إليه وإعطائه الحق فى الاستقلال بالتصرف فيها ، ويتسم هذا التفكير بالمرونة فى تحقيق الاستجابة للظروف المختلفة ومرعاة حالة كل شخص على حدة .

أما القوانين المعمول بها فى البلاد العربية فقد اتجهت إلى الأخذ فى تحديد الرشد ببلوغ سن معينة ، هى ثمانى عشرة سنة كاملة في عدد من القوانين المدنية العربية[1]، أو إحدى وعشرين سنة ميلادية فى القانون المدنى المصرى[2] . وإنما تستند هذه القوانين فى هذا التحديد إلى القاعدة الفقهية القاضية بحق أولي الأمر فى سن ما تقضى به المصلحة .

أدوار الأهلية :

يفيد ما تقدم اختلاف مراحل الأهلية والأدوار التى يمر بها الإنسان على النحو التالى :

أولاً : دور الجنين قبل الولادة : لا يجب على الجنين فى هذا الطور شىء من الواجبات، وتثبت له الحقوق التى يعينها الشرع ولا تفتقر إلى قبول من أحد ، وتجد هذه الحقوق فى ثبوت النسب واستحقاق الإرث والإيصاء والوقف عليه .

ثانياً : دور الطفولة بعد الولاة إلى سبع سنين : يعد الصغير والصغيرة فى هذا الدور عديمى التمييز ، وتثبت لهما أهلية وجوب كاملة ، فتثبت لهما الحقوق وتجب عليهما الواجبات المالية من نفقة على الغير وعلي النفس وإيجاب قيم المتلفات وما إلى ذلك مما يمكن للولى أن ينوب فيه . ولا يكون الصغير والصغيرة

---

(١) مادة ٤٦ مدنى عراقى ومادة ٤٣ مدنى أردنى .

(٢) مادة ٤٤ مدنى مصرى .

أهلاً لمباشرة الحقوق المدنية والتعاقد في هذه الفترة ، وتبطل تعاقداتها فى هذه امأثناء بحكم الشرع ، ويلتحق به كذلك المجنون اوالمعتوه غير المميز .

ثالثاً : دور التمييس الذى يبدأ من سن السابعة إلى وقت البلوغ مع الرش : وفيه يثبت للصغير والصغيرة أهلية اداء ناقصة ، فيجوز له بإذن وليه مباشرة التصرفات الشرعية ، ويفرق فى هذا بين التصرفات النافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة والوصية والصدقة وبين ما كان ضاراً ضرراً محضاً كالتبرع بشىء من أمواله، حيث تصح التصرفات الأولى دون توقف على إذن أحد ، كما تبطل التصرفات الثانية ، إذ ليست له أهلية التبرع بماله. أما التصرفات المحتملة للنفع والضرر كالبيوع والإجارات فتجوز موقوفة على إذن الولى أو القاضى أو موافقة الصغير بعد بلوغه رشيداً. وقد جاء فى المادة ٩٦ من المشروع المصرى للمعاملات المدنية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ضبط ذلك. ونص هذه المادة :

١- إذا كان الصبى مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً .

٢- أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون موقوفة لمصلحة القاصر. ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون » .

رابعاً : دور البلوغ قبل إيناس الرشد ، حيث يبدأ التكلف بالواجبات الشرعية جميعها ، فيخاطب بوجوب الإيمان والعبادات ، وتجب عليه العقوبات بارتكاب أسبابها ، وللولى كما جاء في المادة ٩٦٨ من المجلة العدلية أن يسلم المميز بالغاً أو غير بالغاً مقداراً من ماله ويأذن له بالتصرف على سبيل التجربة ، فإن أنس الولى منه رشداً دفع إليه باقي أمواله(١) .

---

(١) استندت القوانين المدنية العربية إلى هذا الاصل فى الحكم بتسليم الولى للصغير المميز متى بلغ الخامسة عشرة من عمره قدراً من المال على سبيل التجربة والاختبار . المواد ١١٢ مدنى مصرى و ١١٣ سورى و ١١٩ أردنى و ٩٨ عراقى .

خامساً : دور الرشد ، وهو أكمل مراحل الأهلية ، ولا يضبطه الفقهاء بسن معينة على وجه العموم ، وإنما يضبط عندهم بحسن التصرف فى الأموال ، ولكن اتجهت القوانين العربية إلى ضبطه بثمانى عشرة سنة فى بعضها وبإحدى وعشرين سنة فى بعضها الآخر حسبما تقدم ، ولعلها استندت فيما سبق إلى حق أولي الأمر فى ضبط المصالح، والقاعدة الفقهية التى تشير إلى ذلك هى أن « تصرف الولى على الرعية منوط بالمصلحة » .

أهلية الشخص الاعتبارى :

تتضمن التقنينات العربية الحديثة نصوصاً عامة في شأن الشخص الاعتبارى أو الحكمى ، وتخلع عليه الحق في التقاضى والتملك والتمليك والتعامل مع الغير وإثبات الحقوق وتحمل الواجبات المالية ، فهل يعرف الفقه الإسلامى هذا النوع من الشخصية ؟ وهل يتناقض الحكم بها مع المبادىء التى قررها الفقهاء ؟ .

يدل عموم المبادىء الفقهية علي اختصاص الإنسان بالأهلية ، وأنه لا تثبت لغير الإنسان من الحيوانات والجمادات ذمة ولا أهلية وجوب ، لأن مناط هذه الأهلية كما تقدم هو الإنسانية . ولذا فإن الجهات والمؤسسات المختلفة كالمساجد والمدارس والأوقاف وبيت المال على ذلك ليست أهلاً للتمليك والتملك . وقد صرح الفقهاء بأن الوقف لا ذمة له ، وبنوا على ذلك عدم صحة الهبة لهذه الجهات والمؤسسات ، بخلاف الإيصاء لها ، لأنه يعتبر إيصاء بالإنفاق عليها فى مصالحها .

ومع هذا فإنهم يصرحون في كتبهم ببعض الأحكام التى تقضى بأن لهذه الجهات حقوقاً قبل الغير ، وبأن على الغير حقوقاً لها ، شأنها في ذلك شأن الصغير غير المميز ، ومن ذلك أنه يحق للولي على الوقف أن يبيع ثمرات الأعيان الموقوفة ويحفظ ثمن البيع لجهة الوقف ينفقه فى مصالحه أو على المنتفعين به ، ويرث بيت المال من لا وارث له فيما تقضى به القاعدة الفقهية ، ويتحمل بيت المال الدية إذا

لم تكن للجانى عاقلة تتحمل الدية عنه ، ويطالب ولى الأمر بما يثبت لبيت المال من حقوق ، ولناظر الوقف أن يشترى بالأجل على حساب جهة الوقف ، ويطالب بالوفاء من الثمن من يخلف هذا الناظر إذا عزل أو مات ، ولا تثبت أجور الموظفين فى مال رئيس الدولة وإنما هى علي جماعة المسلمين ، يتحملونها ويطالبون بأدائها ، والطرق والأنهار والمنشآت العامة ملك لهذه الجماعة ، وليس للإمام سوى إدارتها والإشراف عليها لمصلحة هذه الجماعة .

ولعل هذا هو ما دعا بعض فقهاء الشافعية والمالكية والأحناف والحنابلة إلي جعل هذه الجهات العامة أهلاً للتملك ، فأثبتوا لها بذلك ذمةً وأهلية ، إذ لا يملك إلا من كان له ذمة وأهلية . فعند بعض هؤلاء أنه « لو كان للمسجد شقص من أرض مشتركة مملوكة له بشراء أو هبة ليصرف فى عمارته ثم باع شريكه نصيبه فى تلك الأرض فللقيم على المسجد أن يشفع ويأخذ حصة الشريك بالشفعة إن رأى ذلك مصلحة ، كما لو كان لبيت المال شريك فى أرض فباع شريكه نصيبه فيها فللإمام الأخذ بالشفعة إن رآه مصلحة »(1) . وفى منح الجليل أن من تصدق أو وهب لمسجد بعينه ، فامتنع من تسليم ذلك ، « يجبر كمتصدق على رجل بعينه . وقال أحمد وابن عبد الملك : يؤمر ولا يجبر ، يريد لأن الانتفاع ليس للمسجد ، وإنما هو لجماعة الناس ، فهى كصدقة على غير معين »(2) . وفى منح الجليل أيضاً أن « للسلطان باعتباره ناظر بيت المال أن يأخذ له بالشفعة إذا كان له شقص (نصيب) بسبب ميراث مثلاً عندما يبيع الشريك »(3) . وقد نص الفقهاء على حق المضارب فى الأخذ بالشفعة فيما يشتريه على ذمة المضاربة، كما نصوا على حق صاحب رأس المال كذلك فى المطالبة بالشفعة فيما اشترى للمضاربة(4)

---

(1) أسنى المطالب على روض الطالب للشيخ زكريا الانصارى الشافعى ٢ / ٣٦٥

نقلاً عن المذكرة التوضيحية للقانون المدنى الاردنى، مقدمة المادة الخمسين.

(2) منح الجليل للشيخ عليش المالكى ٤ / ١١٤.

(3) السابق ٣ / ٥٨٤ .

(4) انظر المبسوط للسرخسى ٢٢ / ١٤٦ .

. وإنما تدل هذه الفروع الفقهية على استقلال ذمة هذه الجهات وشخصياتها عن شخصيات ممثليها وذممهم ، وهو ما يثبت اعتراف الفقه الإسلامى بنوع من الشخصيات القانونية .

وعلى القطع فإن الاعتراف بالشخصية القانونية فى حد ذاتها لا ينشىء أى نوع من التعارض مع أحكام الفقه الإسلامي ، بل يتفق هذا الاعتراف مع أساليب الفقه الإسلامى فى افتراض بعض الأمور التى لا وجود لها فى الواقع، طبقاً لموجبات الصناعة الفنية . من ذلك افتراض عقد بين طرفين ، كما رأينا فى قضية ولدي عمر وافتراض قيام مضاربة بينهما وبين بيت المال ، ومنه كذلك افتراض الذمة محلاً تثبت فيه عناصر الحقوق والواجبات ، ويشبهه افتراض بقاء الميت حياً إلى حين الوفاء بديونه واستيفاء حقوقه . ويبدو لى أن افتراض الشخصية المعنوية مما يدخل في هذا الجنس .



المبحث الثاني

مدى حرية الإرادة في التعاقد

تقديم

تدل ملاحظة تطور مبدأ حرية التعاقد في القوانين الغربية في العصور الوسطى وما بعدها على أن الفقه الإسلامي هو أول نظام قانوني يقدم لهذا المبدأ الاعتراف والأسس اللازمة لتطوير دور العقد في إنشاء الالتزامات في المجتمعات الإنسانية. ولعل في المؤيدات التالية ما يعين على توضيح هذا الافتراض ويدل عليه، وهذه المؤيدات هي :

١- من الثابت أن دور العقد في إنشاء الالتزامات دور ضئيل في المجتمعات البدائية وفي المجتمعات الحديثة التي كانت تدين بالنظام الاشتراكي وتفرض على الأفراد ما يوجبه هذا النظام من خطط وسياسات حتى تضيق المساحة المتروكة لإرادتهم في تنظيم حياتهم. لكن المجتمعات الإسلامية التي قادت التجارة العالمية لفترة طويلة قد شهدت تعاظم دور العقد في إنشاء الالتزامات ولم تقم السلطات الحكومية بالتقييد على الأفراد في إنشاء العقود المختلفة .

٢- يلاحظ مؤرخو القانون الانجليزي أن دور العقد في إنشاء الالتزامات قد بدأ في التطور في هذا القانون ابتداء من القرن السادس عشر، وذلك بفضل عاملين: أولهما الأهمية التي اكتسبها آنذاك المبدأ الخلقي القاضي بوجوب وفاء المرء بتعهداته للآخرين، والثاني الظروف الاقتصادية التي أوجبت تقسيم العمل ، مما أدى الى زيادة حركة التبادل وكثرة المعاملات والتعاقدات إلى الحد الذي دفع هذا المبدأ الخلقي الى الوجوب القانوني(١) .

---

(1) An Introduction to the Law of Contract, P. S. Atiyah P. 3 .

٣. حظى مبدأ سلطان الإررادة بالاعتراف والتقدير من جانب الفقهاء المسلمين لوضوح قاعدة "أوفوا بالعقود" ومدها إلى الوجوب القانوني منذ أول الأمر ونظراً لكثرة المبادلات التي أوجبتها قيادة المجتمعات الإسلامية لحركة التجارة العالمية .

٤. اعترف الفقهاء المسلمون للعقد بدور كبير في إنشاء الالتزامات في أنواع المعاملات والمبادلات التي تحدث بين الأفراد ، دون فرض قيود على حريتهم في التعاقد. ولم يفرقوا في ذلك بين المتعاملين من التجار وغيرهم، ولا فرق عندهم في هذه الحرية بين المعاملات التي تتم داخل السوق أو التي تتم خارجه ، كما أنه لا فرق عندهم بين أن يكون التعامل بالقرض أو البيع أو الصرف أوالإجارة أو غير ذلك من أنواع المعاملات التي نظم الفقهاء أحكام التعامل بها في المجتمعات الإسلامية .

٥. هدف الفقهاء المسلمون من تنظيم أحكام التعاقد والتبادل فيما تدل عليه عباراتهم إلى تحقيق الأمور التالية :

أ. التعاون بين الأفراد، إذ لا يستطيع كل منهم أن يعيش بمعزل عن غيره كإنسان روبنسون كروزو أو حي بن يقظان فيما يعترف به الغزالي وابن خلدون . ولا يستطيع الفرد فيما نبه إليه الفقهاء أن يكتفي بعمله في الاستجابة الاحتياجاته المختلفة ، ولذا وجب التعاون بين الأفراد عن طريق المبادلة والمعاوضة وسائر المعاملات الأخرى .

ب. تحقيق مصالح الأفراد والمتعاملين طبقاً لأهدافهم وخططهم الخاصة ، ذلك أن كل فرد منا لا يدخل في مبادلة أو معاملة إلاَّ إذا رآها تحقق مصلحة. وعلى سبيل التوضيح فإن البائع الذي يبيع منزلاً له يرى مصلحته في أخذ النقود ، على حين يراها المشتري في الحصول على المنزل. ولا يرى الفقهاء أن هناك جهة لها الحق في تقدير مصلحة الفرد المكتمل العقل في هذه الدنيا سواه. لذا فإنهم

لا يجيزون لأحد التصرف في ملك الغير إلاً بإذن منه أو ولاية عليه ٠

ولعل في هذا ما يدل على ان الفقهاء قد أدركوا الأسس الشرعية والمنطقية التي يقوم عليها مبدأ حرية التعاقد فأطلقوا سلطان الإرادة في عقد العقود، ومنعوا أخذ مال الغير إلاً بطيب نفس منه ، وأوجبوا على الفرد الالتزام بما ألزم به نفسه في التعاقد، ما لم يخالف هذا الالتزام أصلاً من الأصول الشرعية بتحريم حلال أو بحل حرام ٠

حرية التعاقد في القوانين الغربية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر

حظى مبدأ حرية التعاقد في الغرب في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر بقدر كبير من التقديس، وكان ذلك في ظروف القبول العام لنظرية الحرية الاقتصادية التي دعا اليها آدم سميث، وساد النظر إلى حرية التعاقد وحرية التصرف في الملك باعتبارهما أهم مظاهر الحرية السياسية . وتعني حرية التعاقد على وجه العموم ان لكل إنسان بالغ رشيد عاقل حرية إلزام نفسه بما يشاء من الالتزامات باتفاقه عليها مع غيره . ويصبح اتفاقه هذا ملزماً متى استوفى العناصر الشكلية المتعلقة بالتعبير عن هذا الاتفاق، دون نظر إلى حقيقة رضاه بما اتفق عليه . ولذا فإن الذي يوقع على عقد من العقود المكتوبة دون أن يقرأ ما فيه أو يعرفه يصبح ملزما بجميع شروطه مهما كانت ظالمة أو ضارة. ويمكن القول بأن نهاية القرن الثامن عشر قد شهد تضخيم دور الاتفاق في القانون الانجليزي على حساب عنصر الرضا والنظر في التقاء الإرادات Meeting of Minds ٠ وتقوم حرية التعاقد Freedom of Contract في مفهومها التقليدي على عنصرين : أولهما - إعمال نية المتعاقدين Intention وقصدهما، ولا يرى القاضي في إجباره أحد العاقدين على تنفيذ إلتزامه سوى أنه يلزمه بما ألزم به نفسه من قبل ٠

والثاني - حرية الاختيار Freedom of Choice، بمعنى حق الشخص في

اختيار التزاماته في الإطار التنافسي العام للمجتمع. وتعني هذه الحرية من الناحية التطبيقية أنه لا يجبر أحد على التعاقد مع شخص لا يريده أو بشروط لا يقبلها .

وقد استمر نجم هذه النظرية في الصعود حتى الربع الأخير من القرن التاسع عشر حيث بدأ يتسرب الشك في سلامة بنائها، بفضل عدة عوامل من بينها :

١. انتشار التعامل بالعقود النموذجية المكتوبة Suandard Form Contracts التي لا يمارس الأفراد عند التعاقد حريتهم في الاتفاق على شروطها، شرطاً شرطاً ، ولا يترك لهم من حرية سوى الموافقة على العقد بشروطه كلها أو عدم الدخول فيه . من ذلك أنك إذا رغبت في السفر على إحدى البواخر فستعطيك الشركة الناقلة تذكرة مدوناً بها عدد من الشروط التي فرضتها هذهالشركة لمصلحتها هي!، وسواء قرأت هذه الشروط أو لم تقرأها فإنه يفترض اطلاعك عليها ورضاؤك بها .

٢. التفاوت الكبيز بين أطراف التعاقد في القدرة على المساومة بفضل نمو الاحتكارات بين الكيانات الاقتصادية الضخمة . وأدى الوعي بهذا التفاوت إلى توجيه النقد لنظرية حرية التعاقد و إلى المناداة بوجوب التدخل التشريعي لحماية الطرف الأضعف في التعاقد. وصدرت بالفعل تشريعات عديدة تنظم حرية التعاقد وتفرض على المتعاقدين قواعد عامة يجب عليهم الالتزام بها في التعاقد ، وأصبح القضاة مهيئين لقبول قيامهم بفرض التزامات معينة على إذا ما أطرأت بعض المتعاقدين، لإقامة العدل على وجهة ، أو لفسخ العقد الأعذار التي لم تدر في خلد المتعاقدين عند التعاقد .

٣. نمو الاتجاه إلى حماية المستهلك والعمل على إصدار التشريعات التي تحقق هذه الحماية. وعلى الرغم من اختيار الوسائل العقابية في كثير من هذه التشريعات لتحقيق هذا الهدف، فإن بعضها قد اتخذ أسلوب صياغة الالتزامات

وفرضها على المتعاقدين لإعادة التوازن بين التزاماتهم ولحماية الطرف الأضعف منهم •

في الحكم ببطلان وقد يوضح هذا الأسلوب المنهجي ما أخذ به قانون اشتراط الإعفاء من المسئولية عن الضرر •

وقد تراكمت هذه التدخلات التشريعية في مجال قوانين العمل والإيجار والإئتمان والنشاط المصرفي حتى باتت تهدد أساس الرضا بالالتزام في التعاقدات ومشروعية الالزام بأحكامها. ولذا عبر كثير من القضاة والمحامين في انجلترا عن قلقهم من مغبة السير في هذا الاتجاه•

عود على بدء :

آذن مجيء حزب المحافظين إلى الحكم في انجلترا عام ١٩٧٦ ، وتغليب الاستجابة للعوامل السابقة بانتصار جهود الداعين إلى حرية السوق ، وتبع ذلك العمل على مراجعة كثير من الأحكام والمبادئ القانونية في ضوء هذه السياسة الجديدة. وقد أسفرت هذه المراجعة عن استعادة بعض الأرض التي كان مبدأ حرية التعاقد قد فقدها، وعن العودة إلى هذا النظام التنافسي الذي يتضمن مكافأة أصحاب الطاقات والكفاءات بقدر أكبر من المجازاة وتقديم عون أقل لغيرهم• ويرى أنصار هذه السياسة الجديدة أن حرية التعاقد أداة بالغة الأهمية لتحقيق كفاءة الأداء الاقتصادي، من جهة أن هذه الحرية هي التي تضمن اشباع احتياجات المستهلك وإنتاج ما يريده •

وفي رأي هؤلاء أن التدخل التشريعي لإسباغ الحماية على بعض أطراف التعاقد لا يحقق المقصود منه، وإنما يؤدي إلى عكس هذا المقصود. والمثال الموضح لرأيهم هذا أن قواعد تحديد الإيجارات قصد بها حماية مصالح المستأجرين ، غير أن هذه القواعد قد صرفت القادرين على استثمار أموالهم في مجال البناء إلى

استثمارها في مجالات أخرى ذات عائد أفضل، وهو الأمر الذي يؤدي إلى إزدياد حدة البطالة والإضرار بهؤلاء الذين أراد القانون العمل على إسعادهم ٠

ويجب الاعتراف بجاذبية مثل هذه الحجج من الوجهة المنطقية، ومع ذلك فإن التدخل التشريعي لتنظيم المصالح المشروعة لأطراف التعاقد ما يزال من الأمور المقبولة، بل الضرورية ، في ظروف وجود هذه الشركات العملاقة متعددة الجنسيات التي تستطيع فرض شروطها في كثير من التعاملات التي لا غنى للجمهور عنها ٠

وقد يلخص الوضع الحالي لنظرية العقد في القانون الانجليزي وما يماثله الإشارة إلى المحاولة المستمرة في هذا القانون للتوفق بين مقتضيات حرية التعاقد من جهة وبين ما توجيه المصلحة الاجتماعية من جهة أخرى. وقد انتصرت القوى الاجتماعية والاقتصادية في ميل الميزان لصالح حرية التعاقد أول الأمر، وما لبث تغليب المصلحة الاجتماعية أن ظهر على السطح ، في ظروف التشبع بالنزعات لاشتراكية ثم صار الأمر الى التشبث أخيراً بحرية التعاقد ٠

وإذا كان هذا هو الحال السائد في الغرب ، فإن السؤال الذي يتبادر الى الذهن هو ما موقف الفقه الإسلامي من حرية التعاقد وسلطان الإرادة ؟٠

في الفقه الإسلامي :

جاءت التشريعات القرآنية منذ أول الأمر بوجوب الوفاء بالعقود وذلك في قوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) ، كما أوضحت هذه التشريعات المسئولية المترتبة على التعاهدات في قوله تعالى : (وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً) ، ومن جهة أخرى فقد أرست هذه التشريعات مبدأ رضائية العقود، وذك بقوله : (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلاّ أن تكون تجارة عن تراض منكم) ويفيد هذا المبدأ الأمور التالية :

١. الفـرد حـر في الدخـول في أي عـقـد يشـاء في حـدود النظام العـام والأصول الشرعية .

٢. حق الفرد كذلك في التعاقد مع من يشاء أو في عدم التعاقد كذلك.

٣. حق الفـرد في تحـديد آثار العـقـد الذي يرضى به ، والشـروط التي يختارها .

٤. حق الفرد في ابتكار أنواع العقـود والمعـامـلات التي لا تصـادم أصلاً شرعيا ، وذلك بناء على أن الأصل في المعاملات الإباحة، فيمـا أخذ به بعض الفمقهاء .

٥. وجوب الرجوع إلى إرادة المتعاقدين في تفسير عباراتهم وتحديد آثار اتفـاقـاتهـم، وليس من حق القـاضي على وجه العمـوم أن يجبر أحـداً منهـم على التزام ما لم يلتزم به .

٦. وجوب وفاء المتعاقد بما رضى به والتزمه للطرف الآخر ، لأنه قد الزم نفسه بهذا الذي تحمله .

وفي ايجاز، فإن الرضا في الشريعة الإسلامية كاف لإنشاء العقد، كما أنه هو أساس الالتزام ومستند الإجبار على تنفيذه ، وهو الدليل على إفساح المجال أمام حرية الإرادة ما دامت لا تتناقض هذه الإرادة فيمـا اتجهت إليه مع أصل من أصول هذه الشريعة أو قاعدة من قواعدها أو مصلحة من المصالح المعتبرة فيها .

ولعل ترتيب المرحوم أحمد إبراهيم هو أول من أثار قضية حرية الإرادة من الوجهـة المقـارنة بين الفقه الإسلامي وبين التفكير القـانوني الغربي، وتستفـاد هذه الأوليـة من عنايتـه بالرد على هؤلاء الذين انتقـدوا إثارته لهـذه المسألة في الدرس الفـقـهي، باعتبـار أن الفقـه الإسـلامي قـد اعترف بحرية هذه الإرادة منذ بداية تطوره، ولم يتحول من الأخذ بالعقود الشكلية إلى إطلاق سلطان الإرادة ، كما

هو الحال في القوانين الغربية .

ويرد المرحوم أحمد إبراهيم على هذا الاعتراض بأنه لا وجه له ، بل يرى أن المقارنة بين الفقه والقانون في مجال حرية الإرادة هو الواجب لبيان سمو الشرع الإسلامي الذي رفع بأحكامه قدر الإنسان وجعله في المستوى اللائق بانسانيته ولم يموه على الناس بأشكال وأوضاع وتقاليد كلها أوهام في أوهام (١) .

القول بتقييد سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي :

انتقد البعض تصوير سلطان الإرادة على هذا النحو من الحرية في الفقه الإسلامي، ورأي أن الإرادة لا سلطان لها في هذا الفقه بناء على ما قرره الفقهاء من أن العقود أسباب شرعية جعلية لأحكامها .

ومعنى هذه القاعدة الفقهية أن لكل عقد شرعي آثاره الخاصة ومقتضاه الذي حدده الشارع ، سواء رضى العاقدان بهذه الآثار والمقتضى أو كرها ذلك، ولا تتمثل حرية العاقد إلا في حقه الدخول في العقد أو تجنب ذلك، فإن دخل في العقد لم يملك وقف شئ من نتائجه وآثاره .

ويرى كولسون (٢) في تحليله لنظرية العقد الفقهية أن مجال حرية الإرادة في الفقه الإسلامي ضيق محدود، بناء على أن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد هو البطلان وأن الاستثناء هو الحكم بالصحة. ويوضح رأيه هذا بالإشارة إلى أن التعامل بالبيع يجب ألاّ يتضمن معه اشتراطاً آخر يزيد على أحكامه المحددة شرعاً أو ينقص من هذه الأحكام. وفي رأيه أن الفقهاء أصروا على معلومية التعاقد ونفي أي احتمال لجهالته ، ولذا لم يوافقوا على اقتران البيع باشتراط يزيد به أو ينقص منه .

---

(١) الالتزامات فى الشرع الإسلامى، لحمد إبراهيم، دار الأنصار ، ص ٤٥٠

(2) Commercial Law In Culf States, By Noel Coulson, P. 54. London, 1984 .

القول بإطلاق سلطان الإرادة في الفقه والأدلة عليه :

وفي رأي عدد كبير من الباحثين المحدثين أنه لا صحة للزعم القاضي باتجاه الفقه الإسلامي إلى تقييد سلطان الإرادة ، استناداً إلى قاعدة أن جعل الأحكام بإرادة الشارع أو إلى تضييق مجال الشروط المقترنة بالعقد. ذلك أن جعلية الأحكام بإرادة الشارع تصف السبب البعيد للالتزام التعاقدي، على حين أن السبب المباشر لنشأته هو إرادة الأطراف ، يوضحه أن الفقهاء المسلمين يتحدثون بصوت واحد عن نسبة تأثير الأسباب في المسببات إلى الله سبحانه وتعالى ، غير أن هذا لم يمنعهم من ربط المسئولية والالتزام بهذه الأسباب، إن من يكسر شيئا أو يقتل أحداً إنما فعل ما فعله بقدرة خلقها الله فيه، وبتسليط منه سبحانه لمثل هذا الفعل في النتيجة، طبقاً للنظام الذي خلق الله الكون عليه . غير أن الفقهاء حينما يتحدثون عن المسئولية فإن هؤلاء الفقهاء لا يترددون في إلحاقها بفاعل الكسر أو القتل. وكذلك فإن أحكام العقد ترجع إلى الله سبحانه وتعالى باعتباره المشرع لهذه الأحكام، ولكنها ترجع كذلك إلى إرادة المتعاقدين باعتبار أنهم هم الذين مارسوا التعاقد وهم الذين يتحملون نتائجه ووجوب والالتزام بأحكامه .

أما الشروط المقترنة بالعقد فليس البطلان أصلاً والصحة استثناء، طبقاً لما زعمه كولسون من جهة أن جمهور الفقهاء قضوا بتصحيح الشروط المتضمنة لمنفعة أحد الطرفين الصحيحة في عرف التعامل أو في الشرع ، شريطة ألا تخالف أصلاً من الأصول الشرعية؛ فقد توسع الحنابلة في تصحيح الشروط المقترنة بالعقد ، ولم يبطل عندهم إلاّ ما خالف أصلاً من أصول الشريعة ، وهو ما يؤكد إطلاق سلطان الإرادة على النحو الذي ترد الإشارة إليه فيما بعد .

ويجب القول بإطلاق سلطان الإرادة في مجال التعاقدات في الفقه الإسلامي للأدلة التالية "

١- كفاية الإرادة بذاتها لإنشاء العقد، إذ تنعقد العقود في الفقه

الإسلامي بالإيجاب والقبول المعبرين عن الرضا، دون حاجة إلى أي إجراء شكلي أو إجراءات معينة أو طقوس خاصة ، كما كان الحال في القانون الروماني، ويدل الاستناد إلى الرضا المعبر عنه بالإيجاب والقبول في إنشاء العقود على إطلاق سلطان الإرادة .

وقد نص الفقهاء على مبدأ رضائية العقود. من ذلك ما ذكره الزنخاني بقوله : «الأصل الذي تبنى عليه العقود المالية من المعاملات الجارية بين العباد اتباع التراضي المدلول عليه بقوله تعالى : «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلاَّ أن تكون تجارة عن تراض منكم» ، غير أن حقيقة الرضا لما كانت أمراً خفياً وضميراً قلبياً اقتضت الحكمة رد الخلق إلى مرد كلي وضابط جلي يستدل به عليه ، وهو الإيجاب والقبول الدالان على رضا العاقدين»(١) .

٢. إيجاب النصوص الشرعية الوفاء بالعقود والعهود مطلقا. من ذلك قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود »(٢)، وقوله : « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً» ، وقوله : «وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلاً إن الله يعلم ما تفعلون » . وما تفيده هذه النصوص بمجموعها أن تلاقي إرادة المتعاقدين سبب لإنشاء الالتزام بما اتفقوا عليه وتراضوه فيما بينهم، شريطة الأ يتناقض هذا الاتفاق مع ما حرمه الشارع. وإذا كان الشارع قد فصل هذا الذي حرمه لقوله تعالى: «وقد فصل لكما ما حرم عليكم» ، فإن ماعدا هذ الذي حُرِّم من الاتفاقات والتعهدات يكون مباحاً .

٣. القاعدة الفقهية أن «العبادات إذن والمعاملات طلق» أي على الإباحة. ومفاد هذه القاعدة أن العبادة لا تكون عبادة إلاَّ بإذن الشارع، ولا يصح لهذا إقامة عبادة بقياس أو بغير نص يشرعها، بخلاف المعاملات التي لا يشترط

(١) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني، ص ١٤٣ .
(٢) المائدة (١) .

لصحتها سوى عدم ورود النص بحظرها وتحريمها. ويتضح من تتبع النظر الفقهي في المعاملات أنهم لم يتوقفوا في الحكم بالصحة عند المعاملات القائمة أيام الصحابة أو النبوة أو عند أي عصر آخر ، بل ظلوا يتابعون المعاملات والأعراف السائدة في التعامل ويحكمون بصحة أي معاملة تجد في المجتمع ما لم تناقض أصلاً من الأصول الشرعية. ولذا تراهم يبيحون بيع الوفاء وبيع الاستغلال وأنواعاً كثيرة من المشاركات التي لم تكن موجودة في فترة تطور الفقهي الأولى .

٤. المصلحة العامة والفردية من القواعد القطعية اليقينية التي يستند إليها في استنباط الحكم الشرعي، ولا يشترط في المصلحة لاعتبارها سوى ألاّ يكون الشارع قد أهدرها ، وتدور أحكام المعاملات مع المصالح الاجتماعية والفردية ، ولا يمتنع لهذا عند كثير من الفقهاء أن يشترط أحد العاقدين شرطاً فيه منفعة له ما لم يخالف هذا أصلاً من الأصول الشرعية . ويرجع اعتبار العرف في التعامل إلى قاعدة المصلحة ، حيث يحظى العرف بالقبول العام في المجتمع للتأكد من تحقيقه للمصالح الفردية والاجتماعية .

ويشهد لاعتبار العرف والمصالح في المعاملات في الفقه الإسلامي هذه القواعد الفقهية التالية :

* العادة محكمة (١) . ولذا لو كانت العادة الجارية احتساب النقل على البائع لزم أن يكون مكان التسليم في محل المشتري ، ولو كانت العادة احتساب الضمان على الشركة المنتجة لسلعة من السلع فترة من الوقت لزم ذلك .
* استعمال الناس حجة يجب العمل بها (٢) .
* المعروف عرفاً كالمشروط شرطا (٣) .

---

(١) المادة ٣٦ من مجلة الأحكام العدلية .
(٢) مادة ٣٧ من المجلة .
(٣) مادة ٤٣ من المجلة .

* المعروف بين التجار كالمشروط بينهم (١) .
* لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان .

وتشير هذه الشواهد إلى اتساع مجال الإرادة في إنشاء العقد والالتزام في التشريع الإسلامي، ولذا كان من حق الزوجة فيما أخذ به الحنابلة أن تشترط على زوجها عند العقد الأ يتزوج عليها والأ ينقلها من بلد معين وأن يتخذ لها مسكناً بوصف معين ، وإلأ حُق لها طلب التفريق إذا خالف الاتفاق ولم يف لها بما اشترطت عليه .

ويصح للمشتري اشتراط تأجيل الثمن وتقسيطه ، ويلزم البائع الوفاء بهذا الذي اشترطه ، ويصح الاتفاق على مكان التسليم ونوع الثمن ومقداره ، ويلزم الطرفين الوفاء بما اتفقا عليه ، ما لم يخالف ذلك أصلاً شرعياً ، وهذا هو معنى قوله ص : « أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج » .

الآثار والنتائج المترتبة على إطلاق سلطان الإرادة :

من أهم ما ترتب على الاعتراف بهذا الدور للإرادة في العقود في الفقه الإسلامي الأمور التالية :

الأول - اعتبار القصود والمعاني في النظر إلى طبيعة التعاقد وتحديد حكمه. ولذا لو اتفقا على وكالة نظير عوض كانت إجارة ، وتطبق أحكامها ولو اتفقا على هبة بشرط الثواب كانت بيعا .

الثاني - الرجوع إلى نية العاقدين في تفسير اتفاقهما. ولذا لو أعطاه مالاً للعمل به في الثياب واقتسام الربح ، كان العمل المقصود هو التجارة ، لا الإنتاج ولو اشترى قماشا وشرط عليه أن يخيطه ثوبا حمل ذلك على بيع وإجارة ولو

---

(٣) مادة ٤٤ من المجلة .

اتفقا على مهر بعضه مؤجل لم يكن لها أن تمتنع عن الدخول في طاعة زوجها قبل دفعه القدر المؤجل من الهر، لأنها رضيت بتأجيل المطالبة ٠

الثالث ـ جواز إنشاء عقود غير مسماة لم يجر بها التعامل أيام النبوة، من ذلك العقد الذي قد يصح إطلاق عنوان «التأمين التعاوني» عليه . صورته ما حدث في فترة متأخرة في المغرب من اتفاق تجاو البز (الثياب) فيما بينهم على إنشاء صندوق لتعويض ما قد يعرض لأحدهم من خسارة بسبب حريق أو سرقة ، على أن يجري تمويل ذلك من زيادة درهم واحد على كل ثوب يبيعه المشتركون في هذا الصندوق ٠ غير أن الحاكة قد انزعجوا من هذا الترتيب لإحساسهم بأنه يؤدي إلى رفع سعر القماش وتقليل الإقبال على شرائه، فرفعوا قضية يطالبون فيها بابطال مثل هذا الاتفاق، وقد حكم القاضي بعد تدبر بتصحيح هذا الاتفاق شريطة ألا يجبر أحد على الدخول فيه ٠



المبحث الثالث

عوارض الأهلية وعيوب الإرادة

معنى عوارض الأهلية

عوارض الأهلية هي الأمور التي تعرض للشخص فتؤثر في عقله وتمييزه وتمنع قدرته على الإدراك منعاً تاماً أو جزئياً فترة مؤقتة أو دائمة. أما ما لا يؤثر في العقل والتمييز من عوارض كالمرض والسفر فلا يعد من عوارض الأهلية ، وإن اعتبر هذا عذراً يبيح الترخص .

وتنقسم عوارض الأهلية عند الأصوليين إلى قسمين :

* الأول عوارض سماوية ، وهي التي لم يكن للشخص اختيار في اكتسابها كالجنون والعته والمرض والموت والنسيان .

* والثاني عوارض مكتسبة ، وهي التي يكون للشخص دخل واختيار في اكتسابها وحصولها كالسكر والسفه والجهل والهزل .

ويناقش الأصوليون تحت عنوان العوارض أحكام الصغر والعته والجنون والسفه والإغماء والنوم والمديونية ومرض الموت والجهل والهزل والموت والخطأ والإكراه والنسيان .

وليس هذا كله مما يتعلق بأهلية التعاقد ، لذا لا تبحث هذه العوارض كلها في إطار نظرية العقد ، وإنما مجالها مباحث الأهلية والمسئولية والحكم الشرعي .

أما ما يتعلق بنظرية العقد من هذه العوارض فهو ما يرجع إلى الإرادة ويؤثر فيها وينقص منها لوجود عيب من العيوب التي تخل بأهلية التعاقد . ويطلق على هذه العيوب التي تخل بالرضا وتؤثر في الإرادة مصطلح عيوب الإرادة .

والعيوب جمع عيب، "وهو النقص، ويفيد بإضافته إلى الإرادة الخلل الذي يلابس الإرادة السليمة ، ويؤدي الى التأثير في حرية الاختيار والرضا بالعقد. وتنحصر عيوب الإرادة في الفقه الغربي في الغلط والتدليس والإكراه ، وإنما وجب التعرف على هذه العيوب من وجهة الفقه الإسلامي لبيان مدى سلطان الإرادة في إنشاء العقود ولمعرفة الأثر المترتب على وجود أي من هذه العيوب .

أولاً ـ الغلط

الغلط الموجب للبطلان :

إذا وقع الغلط في ماهية العقد وطبيعته أو في شرط من شروط انعقاده أو فى ذات المعقود عليه فإن هذا التعامل يحكم ببطلانه فى اتجاه جمهور الفقهاء.

والبطلان هو مذهب جمهور الحنفية والمالكية والحنابلة والظاهرية(١) وهو ما أخذت به القوانين العربية(٢) .

ومثال الغلط في ماهية العقد أن يصدر إيجاب من أحد العاقدين بقصد إنشاء عقد معين كالقرض على سبيل المثال فيخطئ الآخر في فهمه ويعتقد أن المقصود هو إنشاء عقد الهبة فيوافق عليه ، ولا ينعقد عقد الهبة أو القرض بمثل هذا الإيجاب والقبول .

ومنه الغلط في شرط من شروط الانعقاد كأن يتعاقد الورثة ومن يظنونه موصي له على قسمة التركة بينهم بنسبة أنصابهم ، ثم يتبين أن الوصية باطلة أو أن الشخص غير مستحق في الوصية فالقسمة باطلة لوقوع غلط في شرط من

(١) بدائع الصنائع ٥/ ١٣٩ ومواهب الجليل ٤/ ٤٦٦ وكشاف القناع ٣/ ١٦٥ والمحلى ٩ / ٤٥١ وتبيين الحقائق ٤/ ٥٣ وبدائع الصنائع ٥/ ٣٠٠.

(٢) المواد ١٢٠ ، ١٢١ مدنى مصرى، والمواد ١٢١، ١٢٢ مدنى سورى والمواد ١٥٢، ١٥٣ مدنى اردنى .

شروط انعقادها ، وهو أن تتم القسمة بين الشركاء في مال مشترك بينهم ، وقد وقع غلط إذا ظهر أن التركة ليست مشتركة بين الورثة وبين من تعاقد وامعه على قسمتها.

أما الغلط في طبيعة محل العقد وذاته فيوضحه ما جاء في المادة (٢٠٨) من المجلة العدلية ، ولفظها : « إذا باع شيئا وبين جنسه فظهر المبيع من غير ذلك الجنس بطل البيع ؛ فلو باع زجاجا على أنه ألماس بطل البيع »[١] . وفي شرح المجلة لسليم رستم أنه لو باع ساعة على أنها من ذهب فظهر أنها من فضة فإن البيع يبطل أيضا ،و ذلك لأن محل العقد الذي تم التعاقد عليه ووصف في الصيغة معدوم غير موجود .

والقاعدة التي نص عليها الأحناف أنه إذا اجتمعت تسمية المحل والإشارة إليه في العقد وكان المشار إليه جنسا غير جنس المسمى الموصوف فإن العبرة حينئذ بالتسمية[٢] . ولذا لو قال بعتك هذا الفرس فإذا هو بغل ، أو بذور الطماطم فإذا هي بذور فلفل ، لم يتم البيع لأن العبرة بالتسمية عند اختلاف الجنس ، واستحالة العمل بالوصف والإشارة معا . وكذا لو باع دارا على أنها مبنية من الآجر فظهرت مبنية بالطوب اللبن .

الغلط الموجب لخيار الفسخ :

أما إذا وقع الغلط في أمر مرغوب فيه كصفة في المعقود عليه أو ذات المتعاقد الآخر أو صفة فيه فإن العقد ينعقد غير لازم ، وللطرف الذي وقع في الغلط الحق في فسخ العقد . جاء في المادة (٣٠١) من مرشد الحيران أنه « إذا وقع غلط في محل العقد وكان المعقود عليه مسمى ومشارا إليه فإن اختلف الجنس

---

(١) انظر أيضاً المبسوط للسرخسي ١٣ /١٢، ١٣ ومرشد الحيران المادة ٣٠١ وبدائع الصنائع ٥ /١٣٩، ١٤٠ وتبيين الحقائق ٤/ ٥٣ .

(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم ١٨٩ .

تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه ، وإن اتحد الجنس واختلف الوصف تعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده ، ويخير العاقد لفوات الوصف إن شاء أمضى العقد وإن شاء نقضه » .

من ذلك ما نص عليه الفقهاء أنه إذا باع ياقوتا على أنه أحمر فإذا هو أصفر فإن العقد ينعقد صحيحا ، ولمن وقع في الغلط الخيار في فسخه(١) .

ولو وقع الغلط في الشخص ، حيث تكون شخصيته محل اعتبار ، فإن للطرف الذي وقع في الغلط حق فسخ العقد . من ذلك في الشفعة أنه إذا تنازل عن طلب الشفعة حين عرف أن المشتري شخص معين ، ثم تبين له أن المشتري الحقيقي شخص آخر ، فإن تنازله عن الشفعة ، وهو تصرف قانوني ، مشوب بالغلط فيبقى حق الشفعة له(٢) .

وفي الوكالة لو وقع خطأ في صفة الوكيل ، كأن يتصور أنه مهندس وهو ليس كذلك ، فإن الغلط يقع في صفة مرغوبة تساعد على تحمل حقوق العقد ، وللموكل الخيار في فسخ العقد وإمضائه . وفي إجارة الظئر (المرضعة) إن فات وصف مرغوب فيه لتأثيره على إدرارها للبن أو على معاملتها للرضيع أو على أمانتها فإن لمستأجرها الحق في فسخ العقد أو إمضائه (٣) .

والخطأ في الشخصية في عقد الزواج ذو أثر في عدم لزوم العقد كذلك .

الغلط في القانون والجهل به :

الجهل بالقانون ليس عذرا إلا بشرط عدم التقصير . وقاعدة « الجهل بالأحكام الشرعية ليس عذرا » مجال عملها في الجنايات والعقوبات لا في

---

(١) البدائع ٥ / ١٤٠ والفتاوى الهندية ٣ / ١٤٠ وفتح القدير ٥ / ٢٠١ ومواهب الجليل ٤ / ٤٦٦ .

(٢) المبسوط ١٤ / ١٠١ وحاشية الدسوقي ٣ / ٤٨٧ والمادة ١٤٥ من مرشد الحيران.

(٣) تبيين الحقائق ٥ / ١٢٨ والبحر الرائق لابن نجيم ٨ / ٢٢، ٢٣ والبدائع ٦ / ٣٤ .

المعاملات التي يكون الخطأ في أحكامها شبيها بالخطأ في الواقع من حيث ثبوت الحق في خيار فسخ العقد . ومن أمثلة الغلط في القانون أن يشتري شخص نصف شيء من قبيل المنقولات ، فيطالبه مالك النصف الآخر بالشفعة فيعطيه له اعتقادا منه بثبوت الشفعة في المنقول ، ثم يتبين له أن لا شفعة في المنقول ، فيعذر بمثل هذا الجهل ويحق له المطالبة باسترداد ما سلمه[١] . وقد جاء في فتح الغفار ما يفيد أن الجهل الذي يعذر به صاحبه هو الذي وقع دون تقصير ، أما ما كان عن تقصير فإنه لايعذر به . مثال ذلك « الحرة إذا زوجها غير الأب والجد صغيرة ، فبلغت جاهلة بثبوت حق الفسخ لها لا تعذر ، لأن الدار دار علم وليس للحرة ما يشغلها عن التعلم ، فكان جهلها لتقصيرها بخلافة الْأَمَة »[٢] .

الغلط المادي :

أما الغلط المادي ، كالخطأ في الكتابة أو في الحساب فيجب تصحيحه ولا يؤثر في صحة العقد كما لا يوجب خيارا[٣] .

ويتضح من هذا كله :

* التفريق في الفقه الإسلامي بين نوعين من الغلط ، أولهما الوارد على أمر يقوض الرضا ويمنع توجه الإرادة إلى إنشاء العقد ، وهو الغلط المتعلق بالإيجاب والقبول أو بشروط الانعقاد أو بذات المحل . ويوجب هذا النوع من الغلط بطلان العقد . والثاني الغلط الوارد في أمر مرغوب ، ولا يتنافى هذا النوع مع انعقاد العقد صحيحا ، ولكنه لا يكون لازما ، ويترتب عليه الحق في الخيار ، ويسمي بعض الفقهاء هذا النوع من الخيار أو بعض صوره بخيار الغلط[٤] على

---

(١) بدائع الصنائع ٥/١٥١ .

(٢) فتح الغفار بشرح المنار لابن نجيم ٣/١٠٦ .

(٣) المواد ١٢٣ مدنى مصرى و ١٢٤ سورى و ١٢٠ عراقى و ١٥٥ اردنى .

(٤) مواهب الجليل للحطاب ٤/٤٦٦ وما بعدها ، ويكاد الحطاب يجمع عناصر نظرية الغلط فى هذا الموضع.

حين يتناوله بعضهم تحت أنواع الخيارات الأخرى المعروفة في الفقه (خيار الرؤية – خيار العيب – خيار الوصف) .

ثانياً - التدليس والتغرير

التدليس هو إغراء العاقد وخديعته بالقول أو الفعل ليقدم على العقد ظانا ظنا غير صحيح أنه في مصلحته . ويعبر الفقهاء عن هذا المعنى بلفظ التغرير في أكثر الأحوال ، كما أنهم يعبرون عنه بلفظ التدليس كذلك . وقد وصل الفقه الإسلامي في تقرير نظرية التدليس – طبقا لما ذكره السنهوري – إلى مدى بعيد لا يقل عن المدى الذي وصل إليه الفقه الغربي ، فهو يعرف التغرير باستعمال طرق احتيالية ، ويعرفه عن طريق الكذب ، بل يعرفه عن طريق محض الكتمان ،ثم هو كالفقه الغربي يعتد بالتدليس الصادر من الغير[1] .

ويجتمع في تعريف التدليس المعاني التالية :

١– استعمال الطرق الاحتيالية للتأثير على إرادة الطرف الآخر .

٢– حمل الطرف الآخر على التعاقد .

٣– اقترانه بالغبن وأداؤه إليه .

لكن مجرد الغبن وحده لو كان فاحشا لا يوجب الخيار للمغبون ، وإنما يشترط التغرير مع الغبن الفاحش لوجوب الخيار ، طبقا لما جاء في المادة (٣٥٧) من المجلة العدلية ، ولفظها : « إذا غر أحد المتبايعين الآخر وتحقق أن في البيع غبنا فاحشا فللمغبون أن يفسخ البيع حينئذ » .

ومعناه أن الغبن الحادث نتيجة خطأ العاقد في تقرير مصلحته ، أمر يرجع إليه هو ، وهو المسئول عنه ، لانه نتيجة تبصره وتحوطه ، فيحتمله على وجه

---

(١) مصادر الحق ٢/١٤٩ .

العموم حرصا على استقرار المعاملات واحترام التعاقد، ولأن الواجب أن يكون كل شخص يقظا وفطنا في وزن مصالحه وتدبرها . ويقضي مع ذلك بعدم لزوم العقد أو ببطلانه إذا صحبه الغبن دونما تغيير أو تدليس في الأحوال التالية[1] .

١- إذا كان الغبن فاحشا وكان المغبون محجورا أو كان المال الذي حصل فيه الغبن ملك الدولة أو الوقف فيقضي في هذه الأحوال ببطلان العقد للغبن .

٢- إذا كان أحد العاقدين قد استُغِلَّتْ حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ولَحِقَهُ غبن فاحش من تعاقده فإن العقد لا يكون لازما .

وفيما يلي توضيح أنواع التغرير المختلفة: التغرير الفعلي، والتغرير القولي، والتغرير بكتمان الحقيقة والتغرير الصادر عن الغير.

التغرير الفعلي :

يقع هذا النوع من التغرير بإحداث فعل في المعقود عليه لتضليل العاقد الآخر وإظهار هذا المعقود عليه بصورة تخالف الواقع، ودفع العاقد بهذا إلى التعاقد . من ذلك طلاء المفروشات القديمة لتبدو جديدة وكالتلاعب بعداد السيارة لتبدو حديثة الاستعمال وإعادة طلائها لإخفاء أنها كانت سيارة أجرة . ومنه « صبغ الثوب القديم ليظهر أنه جديد ... ومنه ... من ابتاع ثيابا فرقم عليها أكثر مما ابتاعها به وباعها برقمها ولم يقل قامت على بكذا » . ومنه تصرية الإبل والبقر بالامتناع عن حلبها قبل فترة من عرضها على المشتري، حتى ينتفخ ضرعها وتبدو غزيرة اللبن[2] التغرير القولي :

هو الكذب الصادر من أحد العاقدين لحمل الطرف الآخر على التعاقد ،

---

(١) المادة ٣٥٦ من المجلة العدلية. ولفظها : إذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغرير فليس للمغبون أن يفسخ البيع إلا إذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم .

(١) حاشية ابن عابدين ٤ / ١٤٩ والقوانين الفقهية ٢٦٤ وبداية المجتهد ٢ / ١٧٤ ومواهب الجليل ٤ /٤٣٧ وما بعدها والمغني لابن قدامة ٤ / ٨٠ وما بعدها ومغني المحتاج ٢ /٦٣ ونهاية المحتاج ٤ /٦٩ وحاشية الدسوقي ٣ /١١٥ وما بعدها .

كأن يقول البائع هذا الشيء قد عرض علي فيه سعر كذا ، أو أنه مصنوع في اليابان أو في بلد آخر تجود صناعة المبيع فيه ثم يظهر على غير ذلك .

ومن أهم صور التغرير القولي المعروفة في الفقه الإسلامي الكذب فيما يطلق عليه ببيوع الأمانات ، وهي المرابحة والتولية والوضيعة ، التي تقوم على تحديد ثمن البيع بالاعتماد على تحديد البائع للثمن الذي كان قد اشتراها به . وفي بيع المرابحة يجري الاتفاق على إضافة نسبة من الثمن أو مقدار من المال زيادة على الثمن الذي اشترى به البائع ، كأن يتفق على شراء ساعة بالثمن الذي اشتراها به البائع مع إضافة عشرة جنيهات ربحا . وفي التولية يجري الاتفاق على أخذ السلعة بالثمن الذي اشتراها به البائع . أما في الوضيعة فإن الاتفاق على تحديد ثمن البيع بإنقاص قدر منه ، كأن يقول له بع لي ساعتك بثمن شرائها إلا عشرة جنيهات .

ولا يجيز الفقه الإسلامي الكذب في بيوع الأمانات ، لأن المشتري وثق في أمانة البائع واعتمد في تحديد السعر الذي يقبل التعاقد به على صدق المشتري وخبرته ، فيعتبر الكذب في ذلك خديعة وتغريرا ، ولأن الهدف من هذه البيوع هو تقديم المعونة والحماية لمن لا يريد الدخول في المساومات والمكايسة لنقص خبرته ، وقلة درايته بأحوال السوق .

ويتعين على البائع إن رضي هذا النوع من البيوع أن يخبر المشتري بقدر الثمن وصفته من حيث التأجيل أو التعجيل ، فإذا كتم ذلك أو كذب فيه فللمشتري الخيار إذا علم بالتدليس دفعا للإضرار به (١) .

ومنه كذلك ما يسمى في الفقه المالكي والحنبلي بيع المسترسل أو المستأمن الذي يبين فيه المشتري أنه لا دراية له ولا خبرة بأحوال السوق والأسعار فيه ،

---

(١) المبسوط ١٣ / ٧٨ والبدائع ٥ / ٢٢٣ وفتح القدير ٥ / ٢٥٦ والقوانين الفقهية ص ٢٦٣ ومواهب الجليل ٤ / ٤٨٨ والخرشي ٥ / ١٧١ والمهذب ١ / ٢٨٨ والمغنى ٤ / ٢٥٩ .

ويطلب من البائع أن ينصحه وأن يبايعه بما يبتاع به الناس وأن يلتزم بسعر السوق ، فإذا كذب الطرف الآخر في شيء من ذلك كان للمسترسل أو المستأمن الحق في الرد . ومُوجِبُه « جهل البائع أو المشتري وكذب الآخر عليه ، فمتى كان هناك جهل من أحدهما وكذب عليه الآخر فالرد ، وإن لم يكن جهل فلا رد ... وأما لو وقع البيع على وجه المكايسة فلا رد » (١) .

ويوجب التغرير القولي الضمان إذا جرى هذا التغرير ضمن عقد معاوضة ، كأن يقول بايعوا هذا الرجل فهو مليء وأمين ثم يظهر غير ذلك أو أقرضوه فهو قادر على الوفاء .

ويجب الضمان بالتغرير كذلك إذا ضمن الغارّ صفة السلامة ، كأن يقول اسلك هذا الطريق فإنه آمن واضمن إن أخذ اللصوص مالك (٢) .

التغرير بالكتمان :

يطلق على التغرير بالكتمان اسم « التدليس » في الفقه الإسلامي ، ومعناه إخفاء عيب في أحد العوضين ، كأن يكتم البائع عيبا في المبيع أو المشتري عيبا في الثمن . وإنما يحرم مثل هذا الكتمان لقوله صلى الله عليه وسلم : « المسلم أخو المسلم فلا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا يعلم فيه عيبا إلا بينه له » . ولذا يثبت للمدلس عليه ما يعرف بخيار العيب بحيث يحق له إمضاء العقد أو فسخه

ومن صور التغرير بالكتمان ما رواه ابن ماجة وأحمد أن النبي ص مر برجل يبيع طعاما فادخل يده فيه ، فإذا هو مبلول ، فقال : « من غشنا فليس منا » .

التدليس الصادر من الغير :

يعتمد التدليس الصادر من الغير على تغرير شخص آخر غير المتعاقدين

---

(١) حاشية الدسوقي ٣/١٤٢ وانظر الخرشي ٥/١٥٢.

(٢) البدائع ٥/٢٠١ والبحر الرائق ٦/١٤٤ .

بأحدهما لدفعه إلى الإقدام على التعاقد . ومن ذلك أن أحد المصارف لو طلب استعلاما من مؤسسة مالية عن المركز المالي لأحد العملاء ، فقدمت ما يفيد قوة مركز هذا العميل وأمانته وأدى ذلك إلى إقدام المصرف على إقراضه بمبلغ كبير أو باعه صفقة كبيرة بمبلغ كبير عجز العميل عن الوفاء به فإن المصرف يرجع على الغارٌ بالضمان

ومن التدليس الصادر من الغير النجش ، وهو أن يتواطأ رجل مع صاحب سلعلة يبيعها ليغالي في ثمنها حتى يقدم غيره على شرائها بأكثر من قيمتها . والمشتري بأكثر من القيمة هو المدلَّس عليه ، والمدلِّس هو الناجش الذي تظاهر بالشراء .

وحكم النَّجْش الحرمة ، لنهي النبي ص عنه (١) . ويترتب على هذه الحرمة بطلان البيع فيما أخذ به بعض الفقهاء(٢) . أما جمهور الفقهاء فقد ذهبوا إلى صحة بيع النجش والمشتري بالخيار إن شاء رد البيع وإن شاء أجازه(٣) . وقد اشترط الجمهور لثبوت الرد ثبوت التواطؤ بين البائع والمشتري ، خلافا لأحمد بن حنبل الذي أثبت خيار التدليس ولو لم يحدث هذا التواطؤ . ومن التدليس الصادر من الغير تدليس الدلال ، وهو الوسيط بين البائع والمشتري ، ويجب بهذا التدليس الخيار للمشتري ، لاحتمال تواطؤ الدلال مع البائع ، ولأنه هو المستفيد بالتدليس . جاء في حاشية ابن عابدين أنه إن غر المشتري البائع أو البائع المشتري أو غره الدلال فله الرد(٤) .

وقد اشترط القانون المدني الأردني في التدليس الصادر من الغير لوجوب خيار الرد به للمشتري أن يكون هناك تواطؤ بين المتسبب في الغرر وبين البائع أو

---

(١) نيل الأوطار ٥/١٨٨.

(٢) المغنى لابن قدامة ٤/١٩٠.

(٣) فتح القدير ٥/٢٤٠ وبداية المجتهد ٢/١٦٦.

(٤) حاشية ابن عابدين ٤/٢٤٦. والخرشى ٥/٨٣ وحاشية الدسوقى ٣/٦١.

أن يكون البائع على علم بهذا التغرير ، لأن مجرد علمه به يجعله مساويا لصدوره منه ، وهذا هو ما نصت عليه المادة رقم (١٤٨) من هذا القانون .

ثالثاً - الإكراه

تعريفه :

هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه ، سواء كان هذا الإجبار بفعل مادي أو معنوي ، وهو في تعريف التفتازاني : « حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه ولا يختار مباشرته لو خُلِّي ونفسه ، فيكون معدما للرضا لا للاختيار ، إذ الفعل يصدر عنه باختياره »(١) . وفي المادة (١٤٥٢) من مجلة الأحكام الشرعية تعريف الإكراه بأنه هو « الإجبار على عمل أو تصرف بواسطة ضرب أو سجن أو أخذ مال ونحوه بتهديد بشيء من ذلك من قادر عليه » ويتألف الإكراه بهذا من أمرين :

أولهما استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم حالٌ كالضرب والسجن وأخذ المال أو التهديد بشيء من ذلك .

والثاني : تأثير هذا الخطر المهدَّد بوقوعه في الحمل على التصرف

وينقسم الإكراه إلى قسمين :

أولهما : الإكراه الملجيء أو التام الذي يخشى فيه من تلف البدن ، كأن يقول إن لم تفعل كذا سأقتلك أو أقطع يدك .

والثاني الإكراه الناقص أو غير الملجيء الذي لا يخشى منه على فوات النفس أو على سلامة الأعضاء ، كأن يكون الوعيد بما لايؤدى إلى إتلاف البدن .

---

(١) التلويح على التوضيح ٢ / ٨٢٠ .

والإكراه الملجيء يعدم الرضا ويفسد الاختيار على حين أن الإكراه غير الملجيء يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار . ذلك أن المكرَه غير راض بإيقاع ما أُكرِه عليه ، وهو غير مختار في حالة الإكراه الملجيء ، فيضاف فعله إلى الحامل له على الفعل . أما في الإكراه غير الملجيء فإن اختياره موجود ، وهو يلجأ إلى إيقاع الفعل المكره عليه بعد موازنة منه بين إيقاع هذا الفعل وبين لحوق الخطر المهدد به .

عقود المكره :

شدد الفقهاء في تأثير الإكراه على العقود ، وتفاوتت آراؤهم في ذلك على النحو التالي :

١- مذهب الشافعية وبعض الحنابلة أن عبارة المكره لاغية لا أثر لها شرعا ، فتعاقده باطل .

٢- مذهب المالكية أن تعاقد المكره غير لازم يصح بإجازته في غير النكاح .

٣- مذهب جمهور الأحناف أن عبارة المكره منشئة لعقد فاسد ، على حين ذهب زفر إلى أن عقد المكره موقوف .

وقد أخذ القانون المدني الأردني طبقا لما جاء في المادة (١٤١) منه برأي زفر[١] في أن عقد المكره موقوف لا ينفذ إلا إن أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه ، حيث ينقلب العقد صحيحا بهذه الإجازة .

أما القانون المدني المصرى فقد جاء في المادة (١٢٧) منه ما يفيد الأخذ كذلك برأي زفر في الحكم بأن عقود المكره من العقود القابلة للبطلان ، حيث نصت على أنه « يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس » . ذلك أن العقد الموقوف في الفقه الإسلامي قريب من مفهوم العقد القابل للبطلان في

(١) البدائع ٧/ ١٨٦ وحاشية الدسوقي ٣/ ٦.

الاصطلاح القانوني ، بفارق واحد ، هو أن العقد القابل للإبطال يعتبر صحيحا وتترتب نتائجه عليه ما لم يطالب أحد بإبطاله ، على حين أن الحكم الموقوف في الفقه الإسلامي لا تترتب نتائجه ولا تثبت أحكامه إلا بعد حدوث إجازته من قبل صاحب المصلحة التي أريد حمايتها لحقه ، وهو هنا المكره على التعاقد .



الفصل الثالث

النيابة في التعاقدات

تقديم :

النيابة في التعاقد هي « حلول إرادة النائب في تصرف قانوني محل إرادة الأصيل مع انصراف أثر التصرف إلى شخص الأصيل، كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو »(١) .

توضيح ذلك أنك إذا أردت شراء سيارة فإنك تستطيع التعاقد مع البائع بنفسك على هذا الشراء، فتنتقل إليك ملكية السيارة، ويجب عليك الوفاء بالثمن. وتستطيع تحقيق هذه النتيجة نفسها بتوكيل شخص آخر يحل محلك في التعاقد، فإذا اشترى السيارة نيابة عنك انتقلت ملكية السيارة إليك ، ووجب عليك أنت الوفاء بالثمن .

وهكذا ترجع أحكام العقد إليك وكأنك الذي قمت بالتعاقد مع البائع .

ولعل الفقه الإسلامي - مرة أخرى - هو أول نظام قانوني يتكفل بتطوير موضوع النيابة في التعاقدات، وهذا ما تؤكده الأمور التالية :

١- لم يعترف القانون الروماني في مراحل تطوره المختلفة بجواز النيابة في التعاقد إلى الحد الذي تنصرف فيه آثار العقد إلى الأصيل. ومقتضى ذلك أنه إذا أراد شخص أن يعقد عقداً بنوع وكالة عن آخر ، فإن آثار العقد كانت تنصرف إلى الوكيل نفسه لا إلى الأصيل . ولم يستثن من مبدأ انتفاء الحق في النيابة إلاّ ما يعقده الابن والعبد نيابة عن الأب والسيد ، حيث كانت ترجع أحكام العقد إلى الأصيل، وذلك على اعتبار أن ما يعقدانه (الابن والعبد) وكل ما

---

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري ، ١٦٢/٥ .

يملكانه راجع إلى الأب والسيد ، ولذا كان يستطيع الرجوع إليهما من يتعاقد مع الابن أو العبد ،

٢. استمر مبدأ انتفاء النيابة في التطبيق في القوانين الغربية، وسار الأمر في القانون الفرنسي القديم على هذا النهج من انتفاء النيابة في التعاقد حتى القرن السادس عشر ، ثم اعترف بالنيابة فجاز للشخص أن يتعاقد بوكيل مدينا كان أو دائنا ، وفي رأي الدكتور عبد الرزاق السنهوري أن السبب في هذا التطور راجع إلى القانون الكنسي؛ "فهذا القانون بعد أن حرر الإرادة من الشكل وجعلها وحدها كافية لإنشاء الالتزام أجاز آن ينوب شخص آخر في تصرف قانوني يباشره بالوكالة عنه " (١) ،

٣. ارتقى الفقه الإسلامي بنظام النيابة في التعاقد ارتقاء يجعله يضاهي الفقه الغربي في تقدمه ويبتعد عن أوجه القصور التي عانى منها القانون الروماني في هذا المجال (٢) ، طبقاً لما يذكره الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، ويتضح ارتقاء الفقه الإسلامي بهذا النظام في اشتماله على عدد من القواعد التي تحكم النيابة في التعاقدات، وهذه القواعد هي :

* من ملك تصرفاً له أن يمارسه بنفسه وله أن يوكل غيره فيه ،

* تنصرف أحكام العقد إلى الموكل لا إلى الوكيل حتى لا يطالب الوكيل بشئ من هذه الأحكام ،

وفي تقدير المرحوم عبد الرزاق السنهوري " أن الفقه الإسلامي في هذه القاعدة قد سبق الفقه الغربي الحديث؛ فقد رأينا أن الفقه الغربي يخطو هذه الخطوة في الصناعة الفقهية على سبيل الاستثناء، أما الفقه الإسلامي فيجعل من هذا الاستثناء القاعدة العامة" ،

---

(١) السابق، ٥/١٦٦ ،

(٢) السابق، ٥/١٨٣ ،

وإذا كانت نظرية النيابة في التعاقدات من النظريات التي تفوّق فيها الفقه الإسلامي عن غيره على هذا النحو، فإن الواجب يقتضينا أن نتعرف على الملامح العامة لهذه النظرية بشئ من التفصيل، وذلك على النحو التالي :

حكم النيابة في التعاقد وأنواعها :

يجوز التعاقد بالأصالة أو بطريق النيابة في الفقه الإسلامي. جاء في المادة ٢٧٨ من مرشد الحيران أنه : " يجوز للحر العاقد البالغ غير المحجور عليه أن يباشر أي عقد كان بنفسه أو يوكل به غيره، فمن باشر عقداً من العقود بنفسه لنفسه فهو الملزوم به دون غيره بما يترتب عليه من الحقوق والأحكام " .

ولا تنحصر نيابة التعاقد عن الغير في الوكالة، وإنما تشمل هذه الأقسام التالية :

١. النيابة الاتفاقية : هي التي تنشأ باتفاق طرفين كي يعقد أحدهما عقداً نيابة عن الآخر، وهذه هي الوكالة التي يسبق الإذن بها حدوث التصرف من الوكيل. أما إذا صدر الإذن بعد حدوث التصرف بالتعاقد فهذه هي الفضالة التي سنشير إلى شئ من أحكامها فيما بعد. والفضالة في التعاقد أن يتصرف أحد بإبرام عقد نيابة عن غيره دون أن يأذن له الغير في هذا التصرف. ويصح تصرف الفضولي موقوفاً على إجازة من له حق الإذن ، وهو الأصيل (المتفضل عليه) ، وذلك لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق، طبقاً للقاعدة الفقهية .

٢. النيابة القانونية التي تنشأ بحكم الشرع، وهو الذي يلزم بها ، من ذلك الولاية على الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه وغيرهم ممن أوجب الشارع المحافظة على مصالحهم بتعيين الأولياء الذين يحافظون على مصلحة المولى عليهم ويباشرون التعاقدات نيابة عن المحجورين .

٣. *النيابة القضائية التي تنشأ بإذن القاضي ورأيه* : كتعيينه وصياً على

الصغير والمجنون وغيرهما، وحكمه بتعيين من يبيع أموال المفلس وقسمتها بين الغرماء بحسب أنصبائهم، ويرجع هذا البيع إلى المحجور عليه بناء على تعيين القاضي لهذا النائب .

وتشمل النيابة في التعاقد بهذا الاعتبار الأنواع التالية :

أ ـ الولاية والوصاية .

ب ـ الوكالة .

ج ـ الفضالة .

القواعد الأساسية لنظرية النيابة :

تنهض نظرية النيابة في التعاقد على أساس من القواعد الثلاث التالية :

القاعدة الأولى : النائب يعبر عن إرادته هو، ولا يتقمص شخصية الأصيل، ولا ينطق باسمه ، ولا يحمل كلمات الأصيل ويبلغها إلى الطرف الآخر في التعاقد، وإنما هو طرف أصيل في العقد . جاء في تبيين الحقائق: "الوكيل أصل في العقد، لأن العقد يقوم بالكلام، وصحة كلامه باعتبار كونه آمياً عاقلاً ... والدليل على أنه أصل في العقد استغناؤه عن إضافته إلى الموكل ولو كان سفيراً كما زعم (الشافعي) لما استغنى عن إضافته إليه، كالرسول والوكيل بالنكاح وأخواته ، حتى إذا أضافه إلى نفسه كان له دون الموكل بخلاف ما نحن فيه" (١) .

ويترتب على قاعدة اعتبار النائب أصيلاً يعبر عن إرادته هو هذه النتائج :

١ـ وضوح التفريق في الفقه الإسلامي، مثلما هو الحال في القوانين الغربية الحديثة، بين الوكالة والرسالة؛ إذ الرسول معبر وسفير عن إرادة مرسله حتى لا ينعقد العقد بعبارة الرسول، وإنما بعبارة المرسل. جاء في المادة ١٤٥٠ من

---

(١) تبيين الحقائق ٤/٢٥٦ .

المجلة العدلية أن "الرسالة هي تبليغ الواحد كلام الآخر بدون تدخل في التصرف ، ويقال للمبلغ رسول ولصاحب الكلام مرسل وللآخر مرسل إليه " .

٢. إذا كان الرسول مجرد سفير وناقل لعبارة مرسله، فإن العقد لا ينعقد بعبارة الرسول، وإنما يضاف إلى المرسل في كل شئ، ولذا يصح أن يكون الرسول صغيراً قادراً على نقل عبارة مرسله، أما الوكالة فيشترط في الوكيل لكونه نائباً يعبر عن إرادته هو أن يكون عاقلاً مميزاً ، ولا يشترط الاحناف في الوكيل البلوغ ويجوز أن يكون صبياً مميزاً تجاوز سن السابعة، ويلتحق بالرسول إذا لم يكن بالغاً حتى ترجع حقوق العقد إلى الموكل . جاء في المادة ١٤٥٨ من مجلة الأحكام العدلية أنه " يشترط أن يكون الوكيل عاقلاً مميزاً، ولا يشترط أن يكون بالغاً فيصح أن يكون الصبي المميز وكيلاً وإن لم يكن مأذونا، ولكن حقوق العقد عائدة إلى موكله وليست بعائدة إليه" . ومقتضى عودة حقوق العقد إلى الموكل أن يعد الصبي رسولاً لا وكيلاً .

٣. الوكيل يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل، أما الرسول فيجب أن يعين من أرسله وأن يضيف العقد إلى المرسل .

القاعدة الثانية : تقيد النائب بإرادة الأصيل إذا عين حدود النيابة ، وبمصلحة الأصيل، ولذا لا تنفذ الوكالة إذا خالف الموكل إرادة موكله ، جاء في المادة ١٤٧١ من المجلة العديلة أنه : "لو قال الموكل اشتر لي كبشاً فاشترى الوكيل نعجة لا يكون الشراء نافذاً في حق الموكل وتكون النعجة للوكيل" . ولو وكله في شراء أرض معينة للبناء عليها لم يكن له أن يشتري مبنى بدلاً منها ، لأنه مقيد في هذا كله بإرادة الموكل . جاء في المادة ١٤٧٩ من المجلة العدلية أنه إذا قيدت الوكالة بقيد فليس للوكيل مخالفته، فإن خالف لا ينفذ شراؤه على الموكل، وما اشتراه فهو لنفسه . ولكن إذا خالف بما هو أكثر فائدة للموكل فلا يعد ذلك مخالفة في المعنى . مثلاً لو قال : اشتر لي الدار الفلانية بعشرة آلاف فاشتراها

الوكيل بأكثر فلا ينفذ شراؤه على الموكل وتبقى الدار للوكيل " .

ولو جاوز النائب حدود النيابة وأقره الأصيل على هذه المجاوزة ووافق عليها صح تصرف الوكيل، لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق .

القاعدة الثالثة : إضافة النائب العقد إلى الأصيل بذكر اسم الأصيل الذي يتعاقد النائب نيابة عنه. ويجب هذا في التوكيل بالزواج والطلاق على مال والصلح على مال وما إلى ذلك من إسقاطات . أما في العقود الأخرى فلا يجب أن يصرح النائب باسم الأصيل ويعد كأنه قد تعاقد نيابة عن الأصيل إذا لم يصرح بأنه يعمل لنفسه. من ذلك أن يوكله بشراء سلعة معينة فإذا لم يصرح بأنه يشتريها للغير انصرفت أحكام العقد إلى هذا الغير، وكان للبائع أن يطالب الوكيل بثمن الشراء. وكذا لو صرح الوكيل بأنه يشتري ما يشتريه لنفسه ، فإن آثار العقد تنصرف إلى الموكل. جاء في المادة ١٤٨٥ من المجلة العدلية أن الوكيل بشراء شئ معين ليس له أن يشتريه لنفسه، حتى لو قال عند شرائه اشتريت هذا لنفسي فلا يقع الشراء له، بل للموكل" .

وإذ تتوافر هذه القواعد الثلاث التي تقوم عليها نظرية النيابة في النظم القانونية الغربية في الفقه الإسلامي فإن من الواجب أن نشير إلى سبق هذا الفقه في تطوير التفكير القانوني العالمي .

ولا أحسب أن القانون الكنسي Canan Law هو الذي ساعد على هذا التطوير طبقاً لما اقترحه الدكتور عبد الرزاق السنهوري (١) وآخرون، إذ يظل السؤال عن العوامل التي دفعت هذا القانون إلى هذا التطوير ، كما أن هذا التحديد يغفل الصلة التاريخية الثابتة بين فقهاء القانون الكنسي ، وعلى رأسهم توماس الأكويني، وبين مصادر الفقه الإسلامي .

وأتناول فيما يلي أحكام كل من الولاية والوكالة والفضالة .

---

(١) مصادر الحق ٥/١٦٥ .

أولاً - الولاية

معنى الولاية ونوعاها :

الولاية في اللغة هي النصرة والمعونة. يقال ولى فلان فلاناً إذا ناصره وعاونه، وهي عند الفقهاء سلطة يمنحها الشارع لشخص على غيره حتى تنفذ تصرفاته في حق هذا الغير نيابة عنه دون إذنه. ومصدر هذه النيابة الإجبارية هو الشرع بخلاف الوكالة التي ترجع النيابة فيها إلى الاتفاق، وهي لهذا نيابة اختيارية.

والولاية نوعان :

الأول - الولاية على النفس التي تهدف إلى الحفاظ على القاصر وتعهده بالتربية ، وإنما تبحث أحكام هذا النوع من الولاية في الزواج .

والثاني - الولاية على المال ويختص الولي في هذا النوع من الولاية بسلطة إبرام العقود وتنفيذها والمطالبة بأحكامها في حدود ما توجبه مصلحة المولي عليه.

شروط الولاية :

يجب في الولي استجماع الشروط التالية :

١. البلوغ والعقل، فلا ولاية للمجنون والصبي، لأنهما لا يليان أمر نفسيهما فلا يليان أمر غيرهما من باب أولى .

٢. الاتفاق مع المولي عليه في الدين، لذا فإنه لا ولاية للمسلم على غيره، ولا لغير المسلم على المسلم .

٣. الأمانة والقدرة على التصرفات التي تدخل في ولايته ، فإن لم يكن

أميناً على مصالح المولي عليه أو لم يكن كفؤاً في القيام بالتصرفات المخولة له بمقتضى الولاية لم تصح ولايته ، لانه لا فائدة منها، حيث لا يرجى منه المحافظة على مصالح القاصر • ويستبعد من الولاية على القاصر طبقاً لما جاء في المادة ٢٧ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ كل من حكم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أوالنزاهة ، وكذا من كان مشهوراً بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش، وكذا المحكوم بإفلاسه • ويستبعد من الولاية كذلك من قرر الأب حرمانه من التعيين ولياً ، متى بنى قراره هذا على أسباب قوية ترى المحكمة أنها تبرر ذلك •

وقد اشترط القانون المصري أن يثبت هذا الحرمان من الأب بورقة رسمية أو عرفية مصدقاً على توقيعه عليها أو مكتوبة بخطه وموقعاً عليها بإمضائه ، كما اشترط وجود أسباب لهذا الحرمان تقتنع المحكمة بأنها تبرر قرار الأب •

ومرر هذه الشروط كلها إلى الرغبة في الحفاظ على مصلحة القاصر، وحتى لا يسئ الولي استخدام سلطته المخولة له في التصرف في أموال القاصر •

من له حق الولاية :

تثبت الولاية في المال على القاصر عند الأحناف والشافعية لستة على الترتيب التالي :

١. الأب ثم وصيه •
٢. الجد ثم وصيه •
٣. القاضي ثم وصيه •

ويستبعد المالكية والحنابلة الجد ووصيه من الولاية ، ولا يرونها لغير الأب أو وصيه ، والقاضي أو وصيه ؛ وذلك لأن الجد في مرتبة الإخوة ولا ولاية لهم فيأخذ حكمهم في استبعاده من الولاية •

وقد نصت المادة الأولى من القانون رقم « ١١٩ » لسنة ١٩٥٢ على أن الولاية على مال القاصر تكون لأبيه ثم لوصي الأب ثم للجد وأهملت وصي الجد، ثم تكون الولاية بعد ذلك للقاضي أو وصيه .

وقد أجازت المادتان ٣ و ٢٨ من هذا القانون لمن يتبرع للقاصر بجزء من المال أن يشترط منع وليه من التصرف فيما يتبرع به وأن يقيم وصياً خاصاً لإدارة هذا الجزء من المال، لما في هذا من مصلحة للصغير، ولأن الغالب فيمن يتبرع للصغير أن يكون حريصاً على مصلحته حسن الاختيار لمن يعينه وصياً عليه، ولعله رأى أن المصلحة التي قصد إليها بالتبرع لا تتحقق على الوجه الأكمل إلاّ بالوصي الذي اختاره، فيجب اعتبار هذا الوصي (١) .

تصرفات الأولياء والقيود الواردة على سلطاتهم :

تتقيد سلطة الولي بمصلحة القاصر، ويبطل تصرفات الولي الضارة بالقاصر ضرراً واضحاً، ولا يحق له لهذا أن يهب مال الصغير أو يتصدق به أو يتصرف فيه بالوقف. وقد منع القانون في مادته الخامسة التبرع بشئ من أموال القاصر إلاّ إذا كان لأداء واجب إنساني أو عائلي وكان بإذن المحكمة . أما إذا كان التصرف نافعاً نفعاً محضاً كقبول الهبة والوصية للصغير فإن هذا التصرف يصح من الولي .

وإذا كان التصرف دائراً بين النفع والضرر كالإجارة والبيع والتجارة بالمال لاستثماره وتنميته فإن مثل هذا التصرف يجوز للولي إذا كان كفؤاً له وقادراً عليه، ويغلب على الظن كونه في مصلحة القاصر .

والدليل على أنه لا يجوز للولي من التصرف سوى ما فيه مصلحة القاصر قوله تعالى : (ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح) .

---

(١) الولاية على المال والتعامل بالدين في الشريعة الإسلامية لأستاذنا المرحوم على حسب الله، ص ٢٩ .

وقد منعت المادة السادسة من القانون «١١٩» لسنة ١٩٥٢ م الولي من التصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لاقاربه وأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلاّ بإذن المحكمة ، ونصت هذه المادة كذلك على أنه لا يجوز للولي أن يرهن عقار القاصر لديه على نفسه، لاحتمال المحاباة في الأول ولما في الثاني من حظر ضياع المرهون .

وقد جاء في المادة السابعة من القانون المذكور النص على أنه : «لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلاّ بإذن المحكمة" .

ويجب استئذان المحكمة في بيع الولي للعقار طبقاً لما يستفاد من مجموع المادتين السادسة والسابعة من القانون المذكور، في أي من الحالتين التاليتين :

الأولى - أن تزيد قيمة العقار المرغوب في بيعه عن ثلاثمائة جنيه .

والثانية - أن يكون بيع العقار للولي نفسه أو لزوجه أو لأي من أقاربه أو أقاربها إلى الدرجة الرابعة .

وإنما يضيق القانون من سلطة الولي في بيع العقار ، بحيث لا يمكنه ذلك بنفسه إلاّ إذا قلت قيمة العقار عن ثلاثمائة جنيه، وذلك لأن العقار أنفس الأموال التي قد يتزايد الطمع فيها، كما أن الحفاظ عليه مما تقتضيه مصلحة الصغير ، وخاصة اذا كانت قيمته كبيرة ، فوجب الرجوع فيما تزيد قيمته عن ثلاثمائة جنيه إلى إذن القاضي .

ثانياً - الوكالة

معنى الوكالة :

الوكالة في اللغة بمعنى الحفظ وتفويض الأمر إلى الغير، وبهذا كله جاءت

في قوله تعالى: (إني توكلت على الله ربي وربكم) أي اعتمدت عليه وفوضت أمرى إليه، وقوله تعالى: (حسبنا الله ونعم الوكيل) بمعنى الحافظ والمعين. وتعني الوكالة في الاصطلاح الفقهي: "تفويض واحد أمره لآخر وإقامته مقامه في ذلك الأمر، ويقال لذلك الواحد موكل ولمن أقامه عنه وكيل ولذلك الأمر موكل به".

من ذلك أن من يريد أن يبيع داره فإن له أن يفعل ذلك بنفسه وله أن يوكل غيره فيه، فإذا وكل غيره في البيع كان قد فوض أمر البيع لهذا الغير وأقامه مقامه في هذا التصرف.

شروط الوكالة:

١. يشترط في الموكل أن يكون مقتدراً على التصرف الموكل به. أما إذا كان لا يملك التصرف الموكل به فإنه لا يستطيع التوكيل به. ذلك أن الوكيل يستفيد ولاية التصرف من الموكل وما لاحق له فيه لا يملك تسليط غيره عليه. ولذا فإنه لا يصح توكيل المجنون والصبي الغير المميز. أما الصبي المميز فيجوز أن يوكل غيره فيما له حق ممارسته والتصرف فيه. فيحق له أن يوكل غيره في الأمور النافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة والوصية له. أما التصرفات الضارة به ضرراً محضاً كالهبة والصدقة فلا يصح توكيله بها، لأنه لا يملكها هو. أما التصرفات المترددة بين النفع والضرر كالبيع والشراء فإن كان الصبي مأذوناً بالتجارة فله أن يوكل بها وإن لم يكن مأذوناً بها جاز له التوكيل موقوفاً على إذن وليه.

٢. يشترط في الوكيل أن يكون عاقلاً مميزاً هو الآخر. لكن لا يشترط أن يكون بالغاً، فيصح أن يكون الصبي المميز وكيلاً وإن لم يكن مأذوناً له بالتجارة، لأن الصبي من أهل التصرف لصحة عبارته ووجود عقله إلا أنه يمتنع عن التصرفات خشية أن تضر به فجاز له أن يباشر العقد برأي وليه، بحيث يوقف تصرف الصبي على إذن الولي به، فإن أجازه نفذ وإن لم يجزه بطل. وفي

الوكالة سيتوقف تصرف الوكيل إذا كان صبياً مميزاً على رأي الموكل واختياره، ويلزم العقد بذلك في حق المتعاقد مع الوكيل دون أن يلزم الموكل إلاّ إذا وافق عليه .

٣. يشترط العلم بالوكالة، حتى لو وكله ولم يعلم بالوكالة فتصرف تصرفاً بالبيع أو الشراء لحساب الموكل توقف العقد على إجازة الموكل، وإنما يثبت العلم بالتوكيل بالمشافهة أوالكتاب أو الرسول أو بشهادة العدول أو غير العدول إذا صدقهم الوكيل .

٤. يشترط في التصرف الموكل به أن يكون مباحاً ، ويبطل التوكيل بما هو من قبيل المعاصي ، كما لو وكل مسلم غير مسلم في شراء الخمور وبيعها للاتجار فيها وتثمير أمواله مع تقسيم الربح الحاصل من ذلك بينهما ، وتقع بيوت التمويل الإسلامية كثيراً في هذا المحظور، حيث تسلم بعضاً من أموالها لمن توكلهم من الشركات الأجنبية في استثمار هذه الأموال في مجالات لا يبيحها الشرع .

٥. يشترط أن يكون التصرف الموكل به مما يقبل النيابة فيه ، فلا يصح التوكيل في العبادات البدنية كالصلاة والصوم، ولكن يجوز التوكيل في العبادات المالية ، كالزكاة والصدقة .

٦. يشترط في التصرف الموكل به كذلك أن يكون معلوماً علماً ينفي الجهالة ويمكن معه للوكيل إيفاء ما وكل به ، فإن كان وكله بالشراء لزمه أن يبين له جنس ما يريد أن يشتري له ، وإن كان لجنسه أنواع متفاوتة فلا يكفي أن يبين الجنس فقط بل يلزم أن يبين النوع أو الثمن . ولكن لو كانت له أنواع متفاوتة ولم يعين النوع أو الثمن فلا تصح الوكالة إلاّ أن يوكل توكيلاً عاما . "مثلاً لو وكل واحد غيره بقوله اشتر لي فرساً تصح الوكالة ، وإذا أراد أن يوكله لشراء قماش للبس فيلزمه أن يبين جنسه ، بأن يقول قماش حرير أو قماش قطن ، ونوعه بقوله

هندي أو شامي، أو ثمنه بقوله على أن يكون الثوب منه بكذا . فإن لم يبين جنسه بأن قال اشتر لي دابة أو قماشا أو حريراً ولم يبين نوعه أو ثمنه فلا تصح الوكالة. ولكن لو قال اشتر لي قماشاً للبس أو حريراً من أي جنس ونوع كان ، فذلك مفوض إلى رأيك كانت الوكالة عامة ، وللوكيل حينئذ أن يشتري من أي نوع وجنس شاء" (١) .

أما إذا قال الموكل وكلتك في التصرف في أموالي أو في كل أموري دون تحديد ، فإن هذا الإطلاق يفسد الوكالة ولا تنعقد به للغرر الكثير في مذهب الشافعي ورواية عن ابي حنيفة خلافاً لمن ذهب من الأحناف إلى تصحيح مثل هذه الوكالة .

التوكيل في الخصومة :

لكل من المدعي والمدعى عليه أن يوكل من شاء بالخصومة، سواء رضي الخصم بالتوكيل أم لم يرض، وهذا هو مذهب الصاحبين من الأحناف ومذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي واحمد. ويفرق أبو حنيفة بين أن يضطر الموكل للتوكيل وبين ألاّ يضطر إليه ، بأن يكون غير قادر على المخاصمة أو يكون قادراً عليها؛ فإن لم يكن قادراً على المخاصمة جاز له التوكيل بدون رضا الخصم، وإن كان قادراً عليها لم يجز له التوكيل إلاّ برضا الخصم. ورأي الجمهور هو الرأي الذي كان معمولاً به.

ووظيفة الوكيل بالخصومة (المحامي) فيما نص عليه الأحناف إظهار حق الموكل وإثباته، ويعطي له هذا الحقّ في أن يقر بما يراه حقاً وينكر ما يراه غير حق، ويكون إقرار الوكيل وإنكاره حجة على الموكل .

---

(١) المادة ١٤٦٨ من المجلة العدلية

أحكام الوكالة :

يترتب على انعقاد الوكالة انعقاداً صحيحاً الأحكام والآثار التالية:

١. الوكالة من العقود الجائزة ، فيصح لأي من الوكيل أو الموكل إنهاءها. ولكن إذا تعلق بالوكالة حق للغير فإنها تكون لازمة حتى يستوفي هذا الغير حقه ، وذلك كما إذا رهن مدين ماله موكلاً شخصاً ببيعه عند حلول الأجل إذا لم يستطع الوفاء بالدين. ولو عزله عند حلول الأجل لم ينعزل لتعلق حق المرتهن بالدين .

٢. تنتهي الوكالة بموت الموكل أو بفقدان أي منهما أهليته .

٣. يلزم أن يضيف الوكيل العقد إلى موكله في الهبة والإعارة والإيداع والرهن والإقراض والشركة والمضاربة والصلح عن إنكار وإن لم يضفه إلى موكله فلا يصح ، وتشترك هذه العقود التي يجب أن يضيفها الوكيل إلى موكله في كونها من الإسقاطات ، ولما كان الوكيل أجنبياً عن الحكم فلا بد من الإضافة إلى الموكل ليكون الحكم مقارناً للسبب .

٤. لا يلزم أن يضيف الوكيل العقد إلى الموكل في البيع والشراء والإجارة والصلح عن إقرار . فإن لم يضفه الوكيل إلى موكله واكتفى باضافته إلى نفسه صح أيضاً. وعلى كلتا الصورتين لا تثبت الملكية إلاّ إلى الموكل . ولكن إن لم يضف العقد إلى الموكل فتعود حقوق العقد إلى الوكيل. وإن أضيف إلى الموكل تعود حقوق العقد إلى الموكل ويكون الوكيل في هذه الصورة كالرسول (١) .

والمقصود بحكم العقد الغرض الأصلي للمتعاقدين من إنشاء العقد والدخول فيه . فحكم عقد البيع هو نقل الثمن من المشتري إلى البائع ونقل ملكية المبيع من البائع المشتري. ولا خلاف بين الفقهاء في رجوع حكم العقد إلى الموكل لأن الوكيل يعمل بإرادته وبتسليط منه. والغرض من عقد الزواج هو حل العشرة ، وهو حكم العقد الذي ينصرف إلى الموكل .

---

(١) المادة ١٤٦١ من المجلة العدلية .

٦- أما حقوق العقد ، وهي الأمور التابعة لحكم العقد كتسليم المبيع والمطالبة بالثمن وتسليم المبيع ورده بعيب من العيوب، فإنها ترجع إلى الوكيل إذا لم يضف العقد إلى الموكل عند انعقاده، فإن أضاف العقد إلى موكله رجعت أحكام العقد وحقوقه إلى الموكل. وإنما ترجع حقوق العقد إلى الوكيل إن لم يضف العقد إلى موكله حماية لحقوق المتعاقد الآخر، فإن الموكل لم يكن حاضراً مجلس العقد، ولم يشر إليه الوكيل، فتعلقت حقوق العقد به .

إقرار الفقه الإسلامي للنيابة :

يستنتج الدكتور عبد الرزاق السنهوري من انصراف أحكام العقد وحقوقه إلى الموكل أن الفقه الإسلامي يتفق مع الفقه الغربي في الأخذ بنظرية النيابة اتفاقاً كاملاً . يقول في ذلك : "يقر الفقه الإسلامي النيابة كاملة . ألا ترى أنه لا خلاف في المذاهب الأربعة في أنه حيث يصح للوكيل إضافة العقد إلى الموكل ينصرف حكم العقد وحقوقه جميعاً إلى الموكل دون الوكيل. وإضافة الوكيل العقد للموكل معناه في الفقه الغربي أن الوكيل يعمل باسم الموكل. وهذا شرط في تحقيق النيابة في الفقه الغربي كما رأينا. فالفقه الإسلامي أقر إذن النيابة كاملة ، إذ جعل العلاقة مباشرة بين الموكل والغير في كل من حكم العقد وحقوقه جميعاً، واختفى شخص الوكيل من بينهما ، كما هو الأمر في الفقه الغربي في أحدث مراحل تقدمه. فالفقه الإسلامي في هذا يحاكي الفقه الغربي بعد أن خطا هذا الفقه الأخير خطواته الواسعة في مدارج التقدم ... وكان سبيل الفقه الإسلامي في هذه الخطوة الرائعة التي خطاها فسبق فيها الزمن أنه قاس الوكيل الذي يضيف العقد إلى الموكل على الرسول فاعتبر كلاً منهما سفيراً ، الرسول عن المرسل والوكيل عن الموكل"(١).

---

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٥/٢٠٧ .

تولي الشخص الواحد عقد العقد :

يتصور إمكان تولي الشخص الواحد عقد العقد إذا كان أصيلاً عن نفسه في إبرام العقد ونائباً عن غيره فيه. كما لو وكله شخص في شراء سيارة من نوع معين وعنده هذه السيارة ، فيقوم ببيعها له ، وكذا لو وكله البائع في بيع سيارته ووكله أحد الناس في شراء مثل هذه السيارة، فيتولى العقد نيابة عن الطرفين ٠

وحكم تولي الشخص الواحد عقد العقد إذا كان أصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره هو عدم الجواز، لأن ذلك يؤدي إلى تعارض الأحكام ، إذ يكون الشخص الواحد طالباً للثمن ومطلوباً منه التسليم للمبيع ، مخاصما وخصماً عند التنازع ٠ ومن جهة أخرى فإن التوكيل يقتضي العمل لمصلحة الموكل فإذا تصرف بالبيع أو الشراء لنفسه غلب على الظن عمله لمصلحة نفسه . ولا يجوز بيع الوكيل لنفسه في المذهب الحنفي ، حتى لو أذن الموكل في ذلك . ويمنع هذا المذهب كذلك من تولى الشخص الواحد عقد العقد لو كاننائباً عن الجانبين لقيام حقوق متعارضة في حقه فلم يصح . يقول السرخسي : "لو باعه الوكيل من نفسه أو من ابن له صغير لم يجز، وإن صرح الموكل بذلك، لأن الواحد في باب البيع إذا باشر العقد من الجانبين يؤدي إلى تضاد الأحكام فإنه يكون مسترداً مستقضياً قابضاً مسلماً مخاصماً في العيب ومخاصما، وفيه من التضاد ما لا يخفى" (١) ٠ وفي المادة ١٤٨٨ من المجلة العدلية أنه: "لو باع الوكيل بالشراء ما له من موكله لايصح" سواء كان خيراً أوشراً ، لأنه لا يصح للواحد أن يتولى طرفي العقد، ولا يجوز أيضاً للوكيل بالشراء أن يشتري ممن ترد شهادته له كأصوله وفروعه وزوجته وشريكه فيما يشتركان به للتهمة ٠

وفي حاشية الخرشي المالكي أن : "الوكيل على بيع لشئ لا يجوز له أن يبيعه من نفسه ولو كان بغير محاباة ، ما لم يكن بحضرة الموكل وما لم يسم له

---

(١) المبسوط ١٩/٣٢ ٠

الثمن وما لم يأذن له في البيع لنفسه ... وكذلك لا يجوز للوكيل أن يبيع ما وكل على بيعه من محجوره من صغير وسفيه ... ومثله شريكه المفاوض لأنه كنفسه " (١) . ومن هذا يتضح أن الفقه المالكي يجيز للوكيل بالشراء أو البيع أن يتصرف لنفسه إن أذن له الموكل في هذا ، خلافا للمذهب الحنفي الذي لا يجيز ذلك للوكيل مطلقاً حتى وإن آذن له موكله .

لكن يجيز الأحناف للشخص الواحد تولي طرفي عقد الزواج، كما لو كان ولياً لأحد الطرفين ووكيلاً عن الطرف الآخر، وذلك لأن الحقوق في الزواج الذي تجب إضافته إلى الموكل لا ترجع إلى الوكيل وترجع إلى الأصيل فلم ينشأ تعارض لهذا .

ثالثاً - الفضالة

تعريف الفضولي:

الفضولي كما جاء في المادة ١١٢ من المجلة العدلية هو "من يتصرف بحق الغير بدون إذن شرعي"، وذلك كأن يبيع مال غيره أو يشتري للغير دون توكيل أو نيابة ، وكأن ينفق نفقة ضرورية عاجلة على حيوانات الغير إذا غاب مالكها. وكذا لو وهب واحد مال غيره بلا إذنه لم تنفذ الهبة ، ولكن لو أجازها صاحب المال تنفذ (٢) .

وقدم جاء في المادة ١٨٨ من القانون المدني المصري تعريف الفضالة بأنها هي : "أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك" .

ويتفق التعريفان الفقهي والقانوني في أن الفضولي يعمل دون توكيل أو

---

(١) الخرشي ٦/٧٧ .

(٢) المادة ٨٧٥ من المجلة العدلية .

ولاية في ملك الغير، وأنه يعمل لحساب هذا الغير، فإن كان عمله لنفسه عد غاصباً بذلك. وإنما يفترق التعريفان في أن الفضولي في القانون هو من يقوم بحاجة ضرورية عاجلة للمتفصل عليه فيرجع عليه بما أنفق من ماله ، أما الفضولي في الفقه فهو، من يتصرف في ملك الغير دون توكيل أو نيابة وليس من اللازم أن يقوم بحاجة ضرورية عاجلة .

محل الفضالة في الفقه الإسلامي :

محل نطاق الفضالة عند من يجيزونها هو :

١. التصرف القولي ، فيشمل التصرف بالبيع والشراء والإجازة، كما يشمل التصرف بالتبرع بالهبة والوقف والوصية ويصح التصرف بالفضالة عند من يجيزونها في الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وخلع .

٢. التصرف الفعلي ، كأن ينفق الفضولي على مال الغير بدون إذنه ، أو يصلح حائطه الآيل للسقوط أو أن يسترد للغير ما ضاع منه أو يعلف حيواناته له .

حكم الفضالة في الفقه الإسلامي :

اختلف الفقهاء في النظر إلى الفضالة والحكم عليها اختلافاً بعيد المدى، ويمكن تقسيم آراء هؤلاء الفقهاء إلى الاتجاهين التاليين :

١. الاتجاه القاضي ببطلان تصرفات الفضولي، وهو مذهب عدد من فقهاء المالكية والراجح في المذهب الشافعي وأكثر الحنابلة، والظاهرية . دليل أصحاب هذا الرأي أن الفضولي يتصرف في ملك الغير دون إذن منه أو ولاية عليه فلم يصح .

٢. الاتجاه القاضي بوقف تصرف الفضولي على إجازة الأصيل، فإن

أجازه نفذ، لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق، وإن لم يجزه بطل. ومقتضى القول بالتوقف الاعتراف بالوجود القانوني لعقد الفضولي، ولكن لا تترتب آثاره عليه إلاّ بعد صدور الإجازة. جاء في البدائع: "تصرفات الفضولي التي لها مجيز حالة العقد منعقدة موقوفة على إجازة المجيز من البيع والإجارة والنكاح ولاطلاق ونحوها فإن أجازه ينفذ وإلاّ فيبطل". ويستدل لذلك بما جاد في عمومات البيع والتجارة من مثل قوله تعالى: (وأحل الله البيع)، وقوله: (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلاّ أن تكون تجارة عن تراض منكم)، وقوله: (فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله). ووجه الاستدلال بهذه العمومات أن الله شرع "البيع والشراء والتجارة وابتغاء الفضل من غير فصل بين ما إذا وجد من المالك بطريق الأصالة وبين ما إذا وجد من الوكيل في الابتداء أو بين ما إذا وجدت الإجازة من المالك في الانتهاء وبين وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده فيجب العمل بإطلاقها إلاّ ما خص بدليل" (١).

ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى ما روي أن النبي ص دفع ديناراً إلى حكيم بن حزام رضي الله عنه وأمره أن يشتري له أضحية فاشترى شاتين ثم باع إحداهما بدينار وجاء بدينار وشاة إلى النبي عليه الصلاة والسلام فدعا له بالبركة وقال له: بارك الله في صفقة يمينك، ومعلوم أنه لم يكن حكيم مأموراً ببيع الشاة فلو لم ينعقد تصرفه لما باع ولما دعا له رسول الله ص بالخير والبركة على ما فعل ولأنكر عليه لأن الباطل ينكر (٢).

أحكام الفضالة والآثار المترتبة عليها :

بناء على الاتجاه الغالب في الفقه الإسلامي، وهو الاتجاه القاضي بوقف تصرف الفضولي على إجازة صاحب الشأن، فإن الفضالة تترتب عليها الأحكام التالية :

(١) بدائع الصنائع ٥/١٤٩.
(٢) السابق.

١. تعاقد الفضولي غير لازم لا في حق صاحب الشأن ولا في حق الفضولي نفسه ، ولا في حق من تعاقد معه. أما ثبوت حق الفسخ للمالك فلكي لا يدخل في ملكه أو يخرج منه شئ دون رضاه. وأما ثبوت هذا الحق للفضولي نفسه فلأنه سيصير وكيلاً بعد إجازة المالك ، وتلزمه حقوق العقد فيجوز له الخروج من هذه المسئولية، ولا يلزم هذا العقد في حق المتعاقد الآخر، لأن حكم عقد الفضولي هو الوقف ، ولا يصير إلى اللزوم إلاّ بعد إجازة صاحب الشأن .

ومذهب المالكية أن عقد الفضولي موقوف في حق المالك وحده دون من ألزم نفسه به ووافق عليه من الفضولي والمتعاقد الآخر .

٢. إذا صدرت الإجازة من صاحب الشأن انعقد العقد من تاريخ انشائه لا من وقت صدور الإجارة بالنسبة للعقود المنجزة التي لا تقبل التعليق كالبيع والإجازة ، وذلك لأنه بصدور الإجازة قد صار الفضولي أشبه بالوكيل بحكم أن الإجازة اللاحقة كالاذن السابق، فيسري العقد من حين إنشائه بعبارة الفضولي .

أما بالنسبة للعقود التي تقبل التعليق كالكفالة والوكالة والإعارة فلا يسري العقد إلاّ من وقت الإجازة ، لأن سريانه معلق على حدوث الإجازة .

ويظهر أثر هذا التفريق في معرفة حكم ملكية نماء محل التصرف وزيادته ، حيث ينتقل ما يحدث من النماء والزيادة في الفترة التي تعقب إنشاء العقد وقبل صدور الإجازة إلى المشتري والمستأجر .

٣. إذا هلك محل التصرف في يد الفضولي قبل الإجازة انتهى العقد ووجب عليه ضمان قيمته إلاّ إذا كان الهلاك بسبب لا يد له فيه ولا يمكن تحرزه عنه، وأما إذا هلك في يد من انتقل إليه بحكم العقد قبل الإجازة للنظر إليه أو تجريبه فإن مالك محل التصرف يخير بين تضمين من هلك في يده وبين تضمين الفضولي، ويرجع الفضولي على من هلك في يده ، وإنما يكون الضمان بالقيمة لا بالثمن لأن العقد لم يتم لعدم صدور الإجازة ويبطل .

الإجازة وأحكامها :

الإجازة تصرف انفرادي يصدر عن صاحب الحق فيه لإبقاء تصرف قانوني أو مادي موقوف النفاذ في حقه فيترتب عليه نفاذ التصرف وإنتاجه كافة آثاره بأثر رجعي أوبأثر حال حسب طبيعة التصرف" (١).

وتختلف الإجازة عن الإذن من حيث إن الإجازة هي الرضا بالتصرف بعد وقوعه أما الإذن فهو الرضا بالتصرف قبل وقوعه (٢).

وتتحقق الإجازة بكل ما يدل على الرضا بالتصرف، سواء باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المفهمة أو الفعل والمعاطاة على التفصيل المتعلق بطرق التعبير عن الإرادة :

شروط صحة الإجازة :

لا تصح الإجازة لتصرف الفضولي إلاّ باجتماع الشروط التالية :

١. صدور الإجازة ممن يملك التصرف عند إنشاء العقد أو ممن ينوب عنه في ذلك. وعلى هذا فإنه لا تصح إجازة من لا يملك التصرف الذي يجيزه، فلو ان أحداً تبرع بمال الصغير لم يكن للولي الحق في إجازته ، لأن هذا التصرف ليس له مجيز عند إنشائه، إذ يعتبر التبرع من التصرفات الضارة بالصغير، ولا يملك وليه إجازته كما لا يملك الصبي نفسه هذا الحق. ولو بلغ الصبي راشداً لم يكن له حق إجازة هذا التبرع ، لأنه لم يكن يملك هذا الحق عند إنشاء العقد .

٢. صدور الإجازة ومحل العقد قائم لم يهلك لأن الإجازة تتعلق به ، ويبطل العقد بهلاك المعقود عليه ، فلا تلحقه الإجازة إذا كان هلك لأنه لا فائدة من الحكم بانعقاد العقد .

---

(١) الفضالة ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية للأستاذ الدكتور عبد المجيد مطلوب، ص ١٢٠ .

(٢) السابق .

٣. صدور الإجارة في حال حياة الفضولي في العقود التي ترجع حقوقها إليه كالبيع والإجازة ، لأن عمله لا ينتهي بإصدار عبارته ، ويستمر عمله بعد الإجازة بقيامه على حقوق مثل هذه العقود ٠

أما العقود التي لا ترجع حقوق العقد فيها إلى الفضولي كالزواج فلا يشترط فيها هذا الشرط لأن عمله ينتهي بصدور عبارته وترجع حقوق العقد وأحكامه إلى الأصيل بمجرد إجازة تصرف الفضولي ٠

ومن هذا كله يتضح أن الفقه الإسلامي قد خطا بمبحث النيابة في التعاقد خطوات واسعة سبق بها الزمان على حد تعبير الدكتورعبد الرزاق السنهوري الذي سلف ٠

الفصل الرابع

المحل والسبب والشروط المقترنة بالعقد

تقديم :

جاء فى المادة (٣٠٢) من مرشد الحيران أنه "لابد لكل عقد من محل يضاف إليه يكون قابلاً لحكمه .ويصح أن يكون محل العقد مالا، عينا كان أو دينا أو منفعة أو عملاً ».وليس هذا تعريفاً لمحل العقد ولا تقسيماً لأنواعه بقدر ماهو إشارة إلى ما يصح أن يرد عليه وإلى ضرورة اشتمال العقد عليه، لأنه الغاية من العقد ومقصوده، وهو المشبع لحاجات المتعاقدين والمصلحة التى قصدوا إليها من التعاقد" .

وبهذا فإن محل العقد هو المعقود عليه، أو ما يقع عليه العقد وتتعلق به أحكامه وآثاره طبقاً لما يشير إليه تعريف العقد بأنه الاقتران بين الإيجاب والقبول على وجه يظهر أثره فى المحل. ويترتب على هذا أن يختلف المحل فى العقد باختلاف أحكامه والمصلحة المنوطة به وطبيعته ، فعقد البيع والهبة محلهما عين المبيع والموهوب له .و لايعد الثمن النقدى محلاً فى عقد البيع لأن النقود لاتتعين بالتعيين. والمرهون هو المحل كذلك فى عقد الرهن، لأنه هو الذى تتعلق به أحكام هذا العقد . أما فى الإجارة والعارية فإن محل العقد هو المنفعة والانتفاع. والمحل فى عقد المزارعة والمساقاة والاستصناع هو العمل. وليست الأجرة محلاً فى عقد الإجارة ولا فى عقد الاستصناع كذلك.

ويمكن تعريف محل العقد بناء على هذا بأنه هو ما يثبت فيه أثر العقد وأحكامه، كما أنه هو المقصود من العقد وغايته .

وأما السبب أو القصد فالمراد به المقصود من العقد ومأأراد العاقدان تحقيقه بالدخول فيه . وفيما يلى بحث ما يتعلق بالمحل أولاً قبل الدخول فى الحديث عن كل من السبب والشرط .

المبحث الأول

المحل

أنواع المحل :

أوجزت المادة ٣٠٢ من مرشد الحيران أنواع المحل بالإشارة إلى أن محل العقد قد يكون عينا أو دَيْنا ، منفعة أو عملا . ولا يشترط في محل العقد أن يكون مالا فقد يرد على معنى كحل العشرة الزوجية في عقد الزواج .

ويشترط في المحل الشروط التالية :

١- أن يكون موجودا أو ممكن الوجود .
٢- أن يكون معينا أو قابلا للتعيين .
٣- أن يكون قابلا للتعامل فيه .
٤- أن يكون مقدور التسليم .

وفيما يلي توضيح كل من هذه الشروط :

أولا – وجود المحل

إذا كان المعقود عليه شيئا معينا كمنزل أو سيارة أو هذه الأطنان العشرين من القمح أو السكر فقد اشترط الفقهاء وجود هذا المعقود عليه ، وإنما اشترط الوجود في المحل المعين ، لأنه لا يمكن تعيينه في ذهن المتعاقدين بدون اشتراط هذا الشرط . ومن جهة أخرى فإن التعاقد على شيئ معين لايمكن تنفيذه والوفاء به بدون قيام هذا الشرط . ويختلف التعاقد على الشيء المعين بالذات عن المعقود عليه الذي يمكن تعيينه بالوصف كالتعاقد على شراء عشرين سيارة تويوتا موديل

٩٠ أو شراء عشرين طنا من القمح البلدي المتوسط النقاء من المحصول الجديد ، فإن المعقود عليه ليس شيئا معينا بذاته وإنما تعين بهذه الأوصاف المقترنة به ، ولا يشترط لهذا أن يكون موجودا عند التعاقد ، وإنما يشترط التيقن من وجوده في الوقت المحدد للتسليم . وهذا هو بيع السلم . وكذا لو اتفقا على بيع زوجي أحذية من جلد معين ومقاس معين ولون معين ، يصنعها البائع ويسلمها بعد شهر فإن مثل هذا الاتفاق يجوز ، ولايشترط وجود المحل فور التعاقد لأن المعقود عليه ليس شيئا معينا بذاته وإنما يجري تعيينه بالوصف ، وهذا هو بيع الاستصناع .

وبهذا فإن اشتراط الفقهاء وجود المحل وإبطالهم بيع المعدوم إنما يقتصر على التعامل في الأشياء المعينة التي لا يجري تعيينها إلا بالإشارة إليها أو برؤيتها . أما عقود السلم والاستصناع فلا يشترط فيها وجود المحل ، لأنه غير موجود فيما يعرفه المتعاقدان ، وإنما يشترط فيهما إمكان الوجود عند التسليم . ولذا يجوز بيع مقدار معين من البضاعة التي لم تصنع بعد أو من محصول السنة المقبلة أو السنة التي تليها ، كما يجوز الاتفاق على بيع شقة مساحتها كذا . ولا يصح التفكير في عقود الاستصناع والسلم باعتبارها مستثنيات من الأصل القاضي باشتراط وجود المعقود عليه عند التعاقد ، كما لا يجوز تسميتها بالعقود الاستحسانية أو الاستثنائية ، بل الأولى قصر عمل هذا الشرط على الأحوال التي يجري فيها التعاقد على أمر معين بذاته .

إنه يجوز الاتفاق على بيع عشرين إردبا قمحا من المحصول القادم ، لكن لا يجوز بيع عشرين إردبا من ناتج هذا الحقل ، لأنه معين بالإشارة وغيرموجود فور التعاقد ، ولايجوز الاتفاق على بيع حمل بقرة معينة ، كما لا يجوز بيع ثمار حديقة معينة ، لكونها معدومة عند التعاقد . ونص الفقهاء كذلك على أنه لا يجوز بيع ما لم يظهر من الزروع كذلك ، وهذا هو الموضوع الذي يبحث في الفقه تحت عنوان بيع الثمار والزروع مدركة قبل الإدراك ، من ذلك أن يكون

عندك أرض مزروعة بطيخا أو قثاء أو خيارا أو طماطم فتبيع هذه الخضروات قبل نضجها ، مع اشتراط تبقيتها إلى حين نضوجها . وإنما ذلك التحريم والبطلان لأن المبيع معدوم أو على خطر العدم .

ويفيد التفريق بين المعقود عليه المعين بذاته وبين المعقود عليه المعين بوصفه في تحليل آراء الفقهاء في المسائل الثلاثة التالية :

١- بيع الثمار والزروع قبل بُدُوِّ صلاحها :

تدل الأحاديث الواردة عن النبي ﷺ على المنع من بيع الثمار حتى يبدو صلاحها خشية هلاكها بآفة من الآفات ، فيضيع مال المشتري عليه . وقد ورد ما يفيد نهي النبي ﷺ عن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ، كما نهي عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد وعن بيع الثمرة حتى تزهى وتنضج باتخاذها اللون أو الشكل الدال على هذا النضج(١) . وكذلك ورد الحديث بالنص على المقصد والحكمة ، وهو حماية مال المشتري بقوله ﷺ : « أرأيت إن منع الله الثمرة ، بم يأخذ أحدكم مال صاحبه ؟ » .

وقد اختلف الفقهاء في فهم هذه الأحاديث ، وحملوا النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها وظهور نضجها على التفصيل التالي :

١- الحكم ببطلان بيع الثمرة قبل تخلقها وخروجها باتفاق العلماء

٢- الحكم ببطلان بيع الثمار بعد تخلقها وقبل بدو صلاحها وظهور نضجها إعمالا لظاهر النص المانع من بيع الثمار قبل بدو صلاحها .

٣- الحكم بصحة بيع ما تخلق منها ولم يبد صلاحه إذا اتفق المتعاقدان على قطع الثمر وتسليمه للمشتري . لأن الخوف من ضياع مال المشتري بذهاب الثمرة وتلفها غير قائم مع اشتراط قطع الثمرة في الحال .

(١) نيل الأوطار ٥/ ٢٧٥ .

٤ـ الحكم بالبطلان إذا بيع الثمر قبل بدو صلاحه مع اشتراط تركه إلى حين النضج وبدو الصلاح ، لأن الخوف من احتمال تلف الثمرة قائم

٥ـ الحكم بالصحة إن لم يشترط المتعاقدان تبقية الثمر المباع إلى حين نضجه ، وهو مذهب الأحناف . فإن اشترطا تبقيته إلى أوان نضجه بطل العقد اتفاقا ، لأن المعقود عليه هو الثمر مع اشتراط نضجه وهو ليس كذلك عند انعقاد العقد .

٦ـ الحكم بالصحة باتفاق الفقهاء إذا بيع الثمر بعد بدو صلاحه ، سواء مع اشتراط القطع أو الترك أو عدم اشتراط أي من ذلك .

ومفاده أن من زرع ذرة ، وأراد أن يبيع محصول الذرة قبل تخلقه فإنه لا يحل له ذلك للنهي عنه ما لم يخرج الذرة ثمرته وتشتد وتبدو بشكل قريب للنضج ، حتى لا تكون الأموال التي يدفعها المشتري في مقابل شيء غير محقق الوجود . أما إذا أراد أن يبيع الذرة بعد خروجها وقبل تهيئها للنضج الكامل فلا بأس بهذا البيع إن اشترط القطع ، لأن معناه أن المشتري يجد فائدة في شراء الذرة قبل نضجها النهائي ويستفيد بها على وضعها الحالي . وهذا هو مذهب الجمهور . أما الأحناف فقد أجازوا شراء المحصول قبل نضجه الكامل بشرط ألا يجري الاتفاق بين المتعاقدين على اشتراط التبقية ، لأنهما إذا اشترطا التبقية فإن العقد يبطل بالاتفاق(١) .

ومع ذلك فإنه يجوز الاتفاق على بيع عشرين طنا من الذرة محصول هذا العام أو الذي يليه ، لأن المعقود عليه غير معين ولا مقيد بمحصول هذا الحقل .

٢ـ بيع الثمر المتتابع الوجود :

يظهر الثمر في أنواع عديدة من الزروع على نحو متتابع ، بحيث لا يمكن

---

(١) نيل الأوطار ٥/٢٧٦ ، والمغني لابن قدامة ٣/٧٤ ، وبداية المجتهد ٢/١٢٢ وما بعدها .

الفصل بين ما كان موجودا منه في وقت معين وبين ما أضيف إليه من زيادة في أحجام الثمار القائمة أو في ظهور ثمار جديدة لا يمكن تمييزها عن الثمار السابقة الوجود . لذا لا يستطيع من يبيع الطماطم الموجودة في الحقل أن يفصلها عما يخرج من طماطم جديدة وعما يضاف إلى الطماطم التي كانت موجودة عند العقد من نمو وزيادة نضج

يتمسك الجمهور (الأحناف والشافعية والحنابلة) بالأصل القاضي بأن بيع الثمرة قبل ظهورها باطل ، أما بعد ظهورها ونضجها فيجوز ، ولذا يذهب الجمهور في هذه المسألة إلى صحة بيع ما ظهر من الثمار دون ما لم يظهر . ويخالف المالكية ويذهبون إلى جواز بيع مالم يظهر من الثمار مع ما ظهر منها، إذا كان متتابع الوجود لتعذر الفصل بين ما ظهر وبين ما لم يظهر ، ولأن في اشتراط الفصل نوعا من الحرج ، لأنه لا يقدر عليه . جاء في البدائع « ما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان فيجوز بيع ما ظهر منه ، ولايجوز بيع ما لم يظهر . وهذا قول عامة العلماء رضي الله عنهم . وقال مالك رحمه الله : إذا ظهر فيه الخارج الأول يجوز بيعه ، لأنه فيه ضرورة لأنه لايظهر الكل دفعة واحدة ، بل على التعاقب بعضها بعد بعض ، فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس في الحرج ، ولنا أن ما لم يظهر منه معدوم فلا يحتمل البيع ، ودعوى الضرورة والحرج ممنوعة فإنه يمكن أن يبيع الأصل بما فيه من الثمر ، وما يحدث بعد ذلك يكون للمشتري » ويفسد البيع طبقا لمذهب الجمهور إذا باع ثمارا ظاهرة على الشجر ثم لم يقطعها حتى ظهر غيرها، لاختلاطهما وتعذر التمييز والفصل بينهما فلا يتيسر تسليم المبيع(١) بهذا. ومع ذلك فقد اتجه متأخرو الأحناف إلى تصحيح بيع الثمار المتتابعة فى الوجود إذا ظهر بعضها، وهذا ما يتضح فى اختيار المجلة العدلية. جاء فى المادة ٣٠٧ من هذه المجلة أن « ما تتلاحق أفراده»، يعنى أن مالايبرز دفعة واحدة، بل شيئاً بعد شيء كالفواكه والأزهار والورق والبقول إذا

(١) بدائع الصنائع ٥/١٣٩ .

كان برز بعضها يصح بيع ما سيبرز تبعاً له بصفقة واحدة».

وإنما أجاز المالكية ومتأخرو الأحناف بيع ما لم يظهر من الثمار إذا كان بعضها قد ظهر استجابة لمقتضيات التعامل، فإن تمييز ما ظهر من الثمار عند التعاقد عما ظهر بعده وقبل التسليم أمر متعذر، ولذا مست الحاجة إلى الحكم بالجواز(١)

وقد اعترض المتابعون لمتقدمى الأحناف على تجويز بيع ما لم يظهر من الثمار مع ما ظهر منها، ورأوا أن حاجة الزراع إلى بيع ثمار زروعهم قبل أن تزهى أو قبل أن تنضج أو إلى بيع ما تتابع وجوده منها يمكن أن تندفع وتتحقق بصياغة تعاقداتهم على نحو آخر ، بما يكفل استيفاء الشرط فى المعقود عليه، وهو الوجود . واجتهد فقهاء المذهب الحنفى فى تحديد شكل للتعاقد يحقق هذا الغرض، ، ونصحوا الزراع والمتعاقدين معهم بتحديد المعقود عليه فى الأصل المنتج للثمرة بدلا من الثمرة غير الموجودة مع اشتراط تأجير الأرض مدة معينة ، أو يجري الاتفاق علي بيع الثمرة الموجودة بالفعل مع تأخير الاتفاق علي ما يخرج من هذه الثمار فيما بعد ، أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويبيح البائع للمشتري أن يأخذ ما يخرج من الثمار بعد ذلك(٢) .

ويتضح من هذا أمران علي قدر كبير من الأهمية : أولهما إصرار الفقهاء علي اشتراط وجود المعقود عليه عند العقد . والآخر : اتجاه الفقهاء إلي تصحيح معاملات الناس وتصرفهم في حدود التقيد بالقواعد الشرعية . ولا ينحصر واجب الفقيه في بيان عدم المشروعية وإغلاق أبواب التعامل وإنما عليه أن يعمل إلي توجيههم الوجهة التي تيسر لهم تحقيق مصالحهم مع التقيد في الوقت نفسه بالأحكام الشرعية .

٣- التعامل بالمعاوضة في المعقود عليه المعين الغير المقدور علي تسليمه وإن

---

(١) فتح القدير ٥/ ١٠٥ وتبيين الحقائق ٣/ ١٢ .

(٢) راجع المبسوط ١٢/ ١٩٧، وتبيين الحقائق ٣/ ١٢ .

كان موجودا : من ذلك ما مثل له الفقهاء ببيع السمك في الماء والطير في الهواء وبيع البعير الشارد رالسلعة المغصوبة أو المسروقة وكراء الدابة التي لايقدر علي تسليمها؛ فهذه الاشياء موجوده في الواقع ولكن عدم القدرة علي تسليمها يلحقها بالمعدوم في عدم جواز التعامل فيها في عقد من عقود المعارضات .

٤- أما الشيء المحتمل الوجود في المستقبل ، بمعني أنه قد يوجد أو لا يوجد ، فلا يجوز التعامل فيه كذلك وإن لم يكن معينا بذاته . يوضحه حكم الفقهاء بأنه لا يجوز بيع اللبن في الضرع أو الجنين في بطن الدابة أو السمك الذي يصيده الصياد اليوم ، أو عشرين إردبا مما ينتجه هذا الحقل ، لاحتمال الوجود أو عدمه ، فيدخل هذا في باب المقامرة .

أما السلم ، وهو شراء شيء مثلي كعشرين إردبا من القمح المتوسط الجودة يسلم في موسم ٩٢ ، فيجوز ، لإمكان التعيين بالوصف ، وقد لا يكون موجودا عند التعاقد لكنه محقق الوجود في المستقبل في الوقت المحدد للتسليم . وكذلك الاستصناع فإنه يجوز علي الرغم من أن المعقود عليه غير موجود وقت التعاقد لأنه محقق الوجود في الوقت المتفق عليه لتسليمه . وإنما جاز هذان العقدان لاعلي سبيل الاستثناء من قاعدة عدم جواز بيع المعدوم ، بل الجواز فيهما علي الأصل ، من جهة أن المعقود عليه غير معين بذاته وليس عينا وإنما هو معين بأوصافه . وينطبق ذلك علي الأعمال والمنافع إذا كانت محلا للعقد .

وبهذا يقودنا التفريق بين ما إذا كان المعقود عليه معينا بذاته وبين ما يجري تعيينه بالوصف إلي فهم ما عناه الفقهاء باشتراط وجود المحل .

٢- تعيين المحل[١] :

يتحقق المحل في الفقه الاسلامي بالعلم به علما نافيا للجهالة الفاحشة التي

---

(١) يفترق تعيين المحل به عن العلم به من جهة ان عدم التعيين يتنافى مع الاتفاق على محل العقد، كما لو باعه ثوباً من الثياب، أو شاة من القطيع، بخلاف ما لو باعه كومة قمح فإنها متعينة وغير معلومة .

تتنافي مع الرضا بالعقد ولا يتيسر الوفاء به مع وجودها . ولا يجوز لهذا أن يبيعه شاة من قطيع بعينه أو سيارة من السيارات المختلفة الموجودة في معرض لبيع السيارات أو ثوبا من هذا الصندوق ، لجهالة المحل علي نحو يفضي إلي المنازعة ، ويفسد التعاقد في مثل هذه الأحوال . وإنما يشترط تعيين المحل علي نحو ينفي الجهالة الفاحشة ، لأن الوفاء بالالتزامات الناشئة من العقد والقائمة علي الرضا به أمر غير ممكن من الناحية العلمية مع وجود هذا النوع من الجهالة .

ويتعين محل العقد وتنتفي عنه هذه الجهالة الفاحشة برؤيته قبل العقدأو وقت العقد أو برؤية شيء منه لو كانت رؤية البعض كافية في معرفة الكل والعلم به . ويتحقق العلم بمحل العقد كذلك يوصفه وصفا يتبين به خصائص المعقود عليه وطبيعته كذكر النوع ودرجة الجودة والمقدار والمساحة والحدود . وهكذا فإن التعيين إنما يكون بالإشارة إليه والرؤية إن كان المعقود عليه موجودا في مجلس العقد ، أو بوصفه وصفا نافيا للجهالة إن لم يكن المعقود عليه موجودا في مجلس العقد[1] . جاء في الماده (٣٠٣) من مرشد الحيران أنه يلزم لصحه عقد المعاوضات المالية من الجانبين أن يكون كل من البدلين معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلي مكانه الخاص إن كان موجودا وقت العقد أو ببيان وصفه مع بيان مقداره إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة . ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف . وقد تضمنت المادتان (٣٦٦) و (١٦٧) من مرشد الحيران هذا المعني نفسه .

وتشير هذه المادة التي جاءت بنصها في الماده (١٢٨) مدني عراقي والمادة ١٦١ مدني أردني إلي بعض الوسائل المفيدة لعلم المعقود عليه، ومن بينها :

١- الإشارة إليه أو إلي مكانه الخاص إن كان موجودا وقت العقد ومعينا

---

(١) ينكر بعض الفقهاء، ومنهم الشافعية ان يكون الوصف للشئ اسلوباً لتعيين المحل، وتحقيق العلم به ، وعند هؤلاء ان العلم بالشئ المعين يقتضي الرؤية.

بالذات .

٢- بيان الأوصاف المميزة له إن لم يكن متعينا بذاته ، كقمح من محصول هذا العام بدرجة نقاء متوسط أو غير ذلك مما يتميز به المبيع الموصوف في الذمة . وإن كان المعقود عليه عملا فإن الواجب ذكر نوع العمل ومدته .

٣- ويكفي أن يكون المعقود عليه معلوما للعاقدين ، ولا حاجة عندئذ لتعيينه بإشارة أو وصف .

ولا يصح بيع شاة من هذا القطيع أو ثوب في الدكان ، لأن هذا ليس تعيينا نافيا للجهالة ، كما لا يصح استئجار منزل للسكن دون بيان المدة، لأنه يؤدي إلي النزاع في تعيين المعقود عليه، وكذا لايصح بيع بعير ضال أو سيارة مسروقة لأن المبيع غير معروف المكان فتنشأ بذلك الجهالة المفضية إلي النزاع . وكذا لو باعه جميع ماله في هذه الدار أو ما يبقي بعد وفاته أو الثياب التي لم يستعملها دون أن يشير إليها فإنه لا يصح كذلك لقيام الجهالة الفاحشة المفضية إلي النزاع .

التعامل في تركة إنسان حي :

لايصح التعامل في تركة إنسان ما يزال علي قيد الحياة بالبيع والمقايضة والشركة والصلح والتنازل وما إلي ذلك ولو برضا صاحبها ، لأن المعقود عليه غير معلوم علما نافيا للجهالة ، فإن التركة هي ما يخلفه الانسان بعد موته ، وتتجدد عناصرها بالإضافة والنقص مادام علي قيد الحياة . ولا يحق لأحد الورثة أن يبيع نصيبه المحتمل من التركة إلي شخص آخر أو يتصرف في هذا النصيب بأي وجه من وجوه المعاوضة ، لأن المعقود عليه معين تعيينا نافيا للجهالة كذلك . ويشبهه أن يتصرف شخص بالبيع في كل ميراث يؤول إليه ، فإن المعقود عليه غير معين كذلك.

وإنما لا يصح التعامل في التركة المستقبلةويبطل إذا كان ذلك في عقد من عقود المعاوضات . أما التبرعات كالوصية والهبة والعارية إذا أضيفت إلي ما بعد الموت فإنها تنفذ في حدود ثلث التركة التي تنفذ فيها الوصايا.

الجهالة الفاحشة واليسيرة :

لاتنفك العقود عن شيء من الجهالات التي لا يمكن تجنبها، وهذه هي الجهالة اليسيرة التي يتسامح بشأنها، وتجوز العقود معها. ويجيز الفقهاء التعاقد علي إجارة الدار مشاهرة مع احتمال نقصان الشهور، فإنه يكون أحيانا ثلاثين وأقل أو أكثر بيوم أو يومين. ويشبهه بيع أساسات الدار دون رؤيته. وهذه الجهالات اليسيرة التي لا تنفك المعاملات عنها يمكن ضبطها بمعيار ذكره بعض الفقهاء، وهو« ما شأن الناس التسامح فيه». وتصلح القاعدة الفقهية القاضية بأنه «يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها» لإقامة معيار يضبط ما يتسامح فيه الناس من الجهالات، ويتمثل في أن العقد يصح مع الجهالة المتعلقة بغير الأوصاف الجوهرية للمعقود عليه بل بالأمور الثانوية التبعية التي لا تمنع تحقق مقصود العاقدين من العقد.

أما الجهالة الفاحشة فهي التي تتعلق بالأوصاف الجوهرية للمعقود عليه ولا يتسامح الناس في شأنها. ولا يجوز لهذا عند كثير من الفقهاء بيع الزروع المغيبة في الأرض كالجزر والفجل والبطاطس واللفت والبصل، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة. ويستدل هؤلاء بأن المعقود عليه مجهول جهالة فاحشة، لأنه قد يقل ويكثر ويكبر ويصغر وليس من سبيل لمعرفته والعلم به. وإنما كانت الجهالة فاحشة هنا عند الشافعية والحنابلة لان المبيع المغيب في الأرض هو المقصود من البيع أو معظم المقصود منه. وقد أجاز الأحناف والمالكية بيع المغيب في الأرض، واشترط بعضهم إمكان العلم به بحزره وتخمين قدره، كما يوجب بعضهم خيار الرؤية للمشتري عند قلعه. وعلي كل فإن مقدار المبيع إذا ظهر فيه نقص شديد علي

خلاف المعتاد المألوف بين الناس فإن للمشتري الخيار في رده بالعيب[١] .

الجهالة في عقود التبرع :

يغتفر عند جمهور الفقهاء في عقود التبرعات من الجهالة ما لا يغتفر في عقود المعاوضات، لامتناع المنازعة في التبرعات. وقد خالف في هذا علماء المذهب الشافعي الذين اشترطوا العلم بمحل العقد مطلقا، سواء كان العقد معاوضة أو تبرعا. أما الجمهور فقد اتجهوا إلي التفريق بين عقود المعاوضات وعقود التبرعات، وصححوا التبرع مع وجود الجهالة الفاحشة، ويتوسع المالكية أكثر من غيرهم في تطبيق هذا الأصل، وقد نصوا لهذا علي صحة الصدقة والوصية والهبة بالمعلوم والمجهول والمحقق الوجود والغير المحقق الوجود، تيسيرا للإحسان ولأنه لاضرر علي الطرف الآخر من هذه الجهالة. ويجوز لهذا أن يقول شخص لآخر إن وجدت سيارتي الضائعة فهي لك. وفي المدونة أن « الغرر في الهبة لغير الثواب جائز لا في البيع؛فمن وهب لرجل موروثه من فلان، وهو لايدري كم هو سدس أو ربع، أو وهبه نصيبه من دار أو جدار وهو لا يدري كم ذلك فذلك جائز[٢] » . وفي بداية المجتهد أنه لاخلاف في المذهب المالكي « في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود، وبالجملة كل ما لايصح بيعه في الشرع من جهة الغرر[٣]

٣-مشروعية المحل:

يلزم في الفقه الإسلامي أن يكون محل الالتزام قابلا للتعامل فيه بكونه غير محرم شرعا ولا يؤدي إلي مخالفة أصل من الأصول الشرعية أو ما يسمي بالنظام العام والآداب، وإلا كان العقد باطلا. ويشترط لمشروعية محل العقد وقبوله لورود حكم العقد فيه الشروط التالية :

---

(١) حاشية ابن عابدين ٤/١٠٦ ، وبداية المجتهد ٥/١٥٦ ، والمغني ٤/٩١، والفروق للقرافي ٣/٢٧٤ .

(٢) المدونة الكبرى ١٥/١٢٠ .

(٣) بداية المجتهد ٢/٢٥٥ .

١- أن يكون مالا معتبرا شرعا متقوما يبذل فيه الناس الأثمان للحصول عليه. أما ما ليس من قبيل الأموال ولا يبذل فيه الناس الأثمان للحصول عليه أو كان مالا وأهدر الشارع قيمته فإنه لا يكون محلا للعقد. وقد نص الفقهاء علي عدم جواز ورود التعاقد في الأمور التالية :

أ- ما لايعد مالا مما ورد الشرع باعتباره من قبيل المباحات للكافة أو مما أهدر الشارع قيمته، فالناس شركاء في الماء والكلأ والنار، ولذا لا يجوز دفع المال للاحتشاش أو للاصطياد أو لشرب الماء من الأنهار العامة. وفي البدائع أنه «لا ينعقد بيع الميتة والدم لأنه ليس بمال ... ولا بيع السبع لأنه لايباح الانتفاع به شرعا فلم يكن مالا.. وأما جلد السبع والحمار والبغل فإن كان مدبوغا أو مذبوحا يجوز بيعه لأنه مباح الانتفاع به شرعا فكان مالا، وإن لم يكن مدبوغا ولا مذبوحا لا ينعقد بيعه لأنه إذا لم يدبغ ولم يذبح بقيت رطوبات الميتة فيه فكان حكمه حكم الميته(١).

ب. ما لا ينتفع به في الواقع أو في الاعتبار الشرعي لا يصح أن يكون محلا للعقد كذلك، وهو ما يشير إليه الشيرازي بقوله : «أما الأعيان الطاهرة فضربان : ضرب لا منفعة فيه وضرب فيه منفعة. فأما ما لا منفعة فيه فهو كالحشرات والسباع التي لا تصلح للاصطياد والطيور التي لا تؤكل ولا تصطاد كالبومة والحدأة وما لا يؤكل من الغراب فلا يجوز بيعه لأن مالا منفعة فيه لا قيمة له، فأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل وبذل العوض عنه من السفه(٢) » .

٢- الا يتعلق به حق للغير، سواء كان ذلك من قبيل الحقوق العامة أو الخاصة. ولهذا لا يجوز الاتفاق علي بيع المسجد أو الطريق العام أو القناطر أو الأنهار أو غير ذلك مما هو مخصص للمنافع العامة. ويلتحق به كذلك الاتفاق

---

(١) بدائع الصنائع ٥/١٤١ .

(٢) المهذب ١/٢٦٢ .

علي بيع المال المرهون الذي يتعلق به حق المرتهن، أو الاتفاق علي بيع مال المفلس الذي يتعلق به حقوق الغرماء.

٣- ألا يخالف العقد أصلا من الأصول الشرعية العامة. ولذا لا يجوز الاتفاق علي استئجار شخص ليقتل أو لإدارة محل للقمار أو لغير ذلك من الأغراض المنافية لما توجبه الشريعة، حتي ولو حصل مثل هذا المحل علي ترخيص إداري. ولا يصح الاتفاق كذلك علي إقامة علاقات جنسية غير مشروعة، وتستوجب مثل هذه الاتفاقات العقوبة. وكذلك لا يجوز الاتفاق علي المقامرة والرهان أو علي تقاضي مبلغ من المال لقاء رد الوديعة التي جحدها أو المال الذي سرقه. ولا يجوز الاتفاق كذلك علي التنازل عن الحق في الميراث من شخص معين عند وفاته لقاء قدر معين من المال، لأن هذا كله يخالف الأحكام الشرعية التي تنظم العلاقة في هذه المجالات. ولا يجوز الاتفاق كذلك علي الإعفاء من المسئولية عن الخطأ العقدي أو التقصيري، ويبطل مثل هذا الاتفاق.

وقد يتضح من هذا كله أن الفقهاء يمنعون التعامل إذا تعارض مع أصل من الأصول الشرعية. ويقابل هذا في القانون المنع من التعامل المخل بالنظام العام أو الآداب .

٤- القدرة على التسليم

يشترط لانعقاد العقد في الفقه الإسلامي أن يكون المعقود عليه مقدورا علي تسليمه، ويقابل هذا اشتراط إمكان المحل في القانون. ولا ينعقد لهذا الاتفاق علي بيع سيارة مغصوبة أو مسروقة لا يعلم مكانها للعجز عن تسليمها. وإنما لم ينعقد الاتفاق لعدم القدرة علي التسليم، وليس لعدم تعين المحل أو العلم به، إذ لا يتغير حكم هذا الاتفاق إلي الصحة لو كان المشتري يعرف هذه السيارة برؤيته لها قبل غصبها أو سرقتها وجهل المكان الذي توجد فيه. ولا ينعقد كذلك بيع الطير في الهواء والسمك في الماء للعجز عن تسليم المعقود عليه. ويشبهه بيع اللبن في

الضرع، لأنه يختلط بغيره الذي يتجدد حدوثه لحظة بلحظة، فتعذر تمييز المعقود عليه وتسليمه. ومن هذا القبيل ما ورد من نهي النبي صلي الله عليه وسلم عن بيع الصوف علي ظهر الغنم، لتجدد حدوثه كذلك ، وتعذر التمييز بين المبيع منه وبين ما يتجدد حدوثه عقيب التعاقد .

ولا ينعقد العقد إذا استحال تسليم المعقود استحالة مطلقة بالنسبة للعاقدين وغيرهما، فلا يجوز لهذا الاتفاق علي السَّلَم في سلعة ينقطع وجودها أو لا تكون متاحة في الوقت المحدد للتسليم. ومنه الاتفاق مع طبيب علي البرء من مرض مستعص أو علي إيجاد دواء لمنع الشيخوخة أو ما إلي ذلك من أمور لا يملكها أحد . ويختلف ذلك عن استحالة التسليم استحالة نسبية بالنظر إلي الملتزم وحده وإن أمكن ذلك من غيره، وذلك كبيع المغصوب من غير الغاصب، فإنه غير مقدور علي تسليمه من جهة البائع، ولكن القاضي والوالي بما لهما من سلطة عادة يستطيعان العمل علي تسليم المغصوب إلي المشتري.

ويعتبر التسليم غير مقدور عليه إن أدي إلي الإضرار بالبائع ضررا لايتناسب مع المصلحة التي يحققها له التسليم. من ذلك أنه لو اتفق علي بيع خشبة مغروزة في جدار أو سقف أو قطعة قماش من ثوبه فإن مثل هذا الاتفاق لا يلزم لأنه ضار بالبائع ضررا لا يتناسب مع مصلحته في العقد. ولا يجوز للشريك في الجدار أن يبيع نصيبه فيه أنقاضاإذا أدي انهدام الجدار إلي الإضرار بالشريك الآخر، كما لو كان خشب سقفه يعتمد عليه أو كان مستورا به أو ما إلي ذلك.



المبحث الثاني
الباعث علي العقد أو السبب

تقديم :

يجري تعريف السبب في الفقه القانوني بأنه هو الغرض المباشر الذي يقصد المتعاقد الوصول إليه من وراء التزامه العقدي. ويتصل السبب علي هذا النحو بالإرادة وتوجيهها إلي إنشاء العقد، فهو الباعث علي العقد ومقصود العاقد. وتوضيح ذلك أن الشخص قد يشتري سكينا لينتفع به في إعداد الطعام وقد يشتريه ليقتل به، ففعله واحد وهو الشراء، غير أن هذا الشراء قد يبعث عليه الرغبة في استخدامه ضمن أدوات المطبخ، وقد يكون المقصود به هو استخدامه في ارتكاب جريمة أو في دفاع المرء عن نفسه.

وقد ارتقت مكانة السبب في العقود بالابتعاد عن العقود الشكلية ، وإعلاء مبدأ الرضائية ، ولذا لم يعرف القانون الروماني فكرة السبب لتغلب الشكلية ، وبرز في القانون الكنسي فيما بعد القرن الثاني عشر تأكيد أن العقد لا يجوز تنفيذه إذا كان الهدف منه هو تحقيق غرض غير مشروع . وقد أفسح هذا التأكيد الطريق إلي صياغة نظرية عامة للسبب في الفقه اللاتيني ابتداء من القرن السابع عشر ، وتدرجت هذه الأهمية التي صارت له هذه النظرية في التطور حتي أصبح السبب بمعنى الباعث الدافع الي التعاقد .

ويتحدد معني الباعث في العقد بالنظر إلي كونه أمرا نفسيا خفيا، خارجا عن نطاق التعاقد ، مختلفا من شخص إلي آخر ومن موقف إلي موقف .

الباعث في الفقه الاسلامي :

لا يختلف الفقهاء المسلمون في النظر إلي مآلات الأفعال ونتائجها في

حكمهم عليها . وتشهد لهذا قاعدة المصلحة وابتناء الاحكام عليها ، كما تشهد له قاعدة سد الذرائع وفتحها القاضية بأن المباح في الشرع إذا اتخذ وسيلة إلي ارتكاب الحرام يأخذ حكمه وأن ما يتوقف عليه أداء الواجب يصير إلي الوجوب كذلك . وقد أوضح الشاطبي اتجاه الفقهاء إلي اعتبار مآلات الأفعال والنتائج المترتبة عليها في النظر إلي الحكم الشرعي لهذه الأفعال ، والقاعدة العامة التي تحكم هذا الأصل « أن الأعمال بالنيات والمقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعادات(١) ». وينبني علي هذه القاعدة فيما بينه الشاطبي أن الفعل أو التصرف إن كان موافقا لأحكام الشارع من حيث الظاهر ، كالبيع أو الإجارة ، والقصد أو المصلحة التي يحققها الفعل أو التصرف غير مشروعة فالفعل نفسه غير صحيح وغير مشروع . وعبارة الشاطبي في هذا :« لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال معتبرة بذلك لأنه مقصود الشارع فيها كما تبين . فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه علي أصل المشروعية فلا إشكال(٢) . وإن كان الظاهر موافقا والمصلحة مخالفة فالفعل غير صحيح وغير مشروع (٣) ، لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها وإنما قصد بها أمور آخر هي معانيها ، وهي المصالح التي شرعت لأجلها فالذي عمل من ذلك علي غير هذا الوضع فليس علي وضع المشروعات (٤) .

ويتأكد اعتبار الباعث في الفقه بالرجوع الي القاعدة الفقهية القاضية بأن العبرة في العقود للقصود والمعاني لاللألفاظ والمباني . وفي هذا القدر يتفق الفقهاء المسلمون، فلا يكون العقد مشروعا ديانة إن خالف أحد العاقدين قصد الشارع من هذا العقد . ولذا لو باع ماله الى زوجته في آخر الحول تجنبا لوجوب الزكاة في

---

(١) الموافقات ٢ /٣٢٣ .

(٢) الموافقات ٢ /٣٢٣.

(٣) كبيع يقصد به مصلحة مشروعة، فإن العقد مشروع والمصلحة مشروعة.

(٤) كإجازة للقتل، فالعقد من حيث الشكل مشروع. اما المعنى او المصلحة او القصد فليس من قبيل الامور المشروعة، ولذا يبطل العقد.

ماله وقصدا إلي الفرار من حق التكافل الاجتماعي فإن هذا العقد يكون غير مشروع ديانة باتفاق بين الفقهاء.، لاختلاف قصد المكلف من العقد مع قصد الشارع من شرعه. ورغم اتفاق الفقهاء كذلك علي الاعتراف بأثر الباعث فإنهم يختلفون فى مدى هذا الأثر وشروط اعتباره ، بحيث برز اتجاهان رئيسيان في الفقه الإسلامي يميل أحدهما إلي عدم اعتبار الباعث في الحكم بالصحة أو البطلان علي العقد مالم يظهر هذا الباعث علي نحو واضح، سواء في عبارات المتعاقدين أومن النظر إلي المحل ، علي حين ذهب قسم آخر من الفقهاء الي وجوب اعتبار الباعث مطلقا إذا أمكن استخلاصه أو الاستدلال عليه من القرائن والسياقات التي تحف بالعقد أو المتعاقدين أو محل العقد . ويعبر عن الاتجاه المضيق فى اعتبار الباعث فقه الأحناف والشافعية، كما يعبر عن الاتجاه المتوسع في اعتبار الباعث كل من المالكية و الحنابلة. وفيما يلي بيان اتجاهات المذاهب بإيجاز.

١- مذهب الأحناف :

يعتد الأحناف بالإرادة الظاهرة حرصا علي استقرار التعامل، ولذا غلب في هذا الفقه الاتجاه الي عدم الاعتداد بالباعث مالم يجد طريقا إلي التعبير عنه في الصيغة التي ينعقد بيها العقد ، أو إذا أمكن استخلاص هذا الباعث من النظر إلي محل العقد نفسه (١).

وتفريعا علي ذلك فإن من تزوج امرأة بقصد إحلالها لزوجها الذي كان طلقها ثلاث مرات يعد آثما بهذا العقد ، ولا يبطل عقده عليها ما لم يعبر في مجلس العقد عن قصده هذا . أما لو نويا التحليل دون أن يعبر أحدهما عنه فلا يبطل العقد ويصح وتحل لزوجها السابق به ، « لأن مجرد النية في المعاملات غير

---

(١) البحر الرائق ٤/٦٣.

معتبر » ،طبقا لما ذكره ابن نجيم (١). وكذا لو استأجر المسلم غير مسلم ليبيع الخمر أو الميتة أو الدم لم يجز ، لورود النهي عن ذلك ، وهو مصرح به في صيغة العقد بالنص علي المعقود عليه. أما لو استأجر المسلم حمالا يحمل له الخمر فإن الحامل يستحق الأجر علي قول أبي حنيفة ، لأن المصرح به في العقد هو الحمل ، وليس بمعصية في حد ذاته عند الإمام لأن حملها للإراقة والتخليل مباح ، وليس الحمل مؤديا إلي الشرب ضرورة ، وما ورد في السنة من لعن حامل الخمر فمحمول علي الحمل بنية الشرب(٢) . وعلي هذا لو استأجر الذمي دابة مسلم أو سفينته لنقل الخمر ، أو استأجر المسلم لعصر العنب فإنه يجوز . وفي الفتاوي الخانية أنه « لو استأجر رجلا ليكتب له غناء بالفارسية أو العربية طاب له الأجر . وكذا لو كتب لامرأة كتابا إلي حبيبها بأجر . ولو استأجر مشاطة لتزين العروس قالوا لا يطيب لها الأجر إلا أن يكون علي وجه الهدية بغير شرط ولا تقاض . قال مولانا رحمه الله : وينبغي أن الإجارة إذا كانت مؤقتة وكان العمل معلوما ولم تنقش التماثيل والصور جازت الإجارة ويطيب لها الأجر ، لأن تزيين العروس مباح(٣) ».

المذهب الشافعي :

يتفق المذهب الشافعي مع الحنفي في أنه لا يعتد بالباعث ما لم يظهر في صيغة العقد أو في محله . ونجد تعبيرا واضحا عن هذه النظرية في عبارات الإمام الشافعي نفسه ، حيث يقول في عبارة واضحة في هذا الصدد : « أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحا في الظاهر لم أبطله بتهمة المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع . وكما أكره للرجل أن يشتري السيف علي أن يقتل به ولا يحرم علي بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلما ، لأنه قد لا يقتل به ولا أفسد عليه البيع إذا باعه إياه ، لأنه

---

(١) بدائع الصنائع ٣ / ١٩٠.

(٢) الفتاوي الخانية ٢ / ٣٢٣ نقلاً عن مصادر الحق للسنهوري ٤ / ٦٦.

(٣) الأم للشافعي ٣ / ٦٥ نقلاً عن مصادر الحق للسنهوري ٤ / ٥٥.

باعه حلالا ، وقد يمكن ألا يجعله خمرا أبدا ، وفي صاحب السيف ألا يقتل به أحدا أبدا . ولو نكح رجل امرأة عقدا صحيحا وهو ينوي ألا يمسكها إلا يوما أو أقل أو أكثر لم أفسد النكاح وإنما أفسده بالعقد الفاسد [1] .

ولعل الشافعية أكثر اعتدادا من غيرهم بالإرادة الظاهرة ، فيما بان من عبارة الشافعي السابقة ، ولذا تضمر عندهم نظرية الباعث ويضيق مجال عملها . ويتضح هذا بمراجعة رأيهم في تصرفات المريض مرض الموت .

القاعدة في الفقه الإسلامي أنه لاحق للمريض مرضا يتصل به الموت دون برء[2] في التصرف الضار بورثته ، ولذا فإنه لو طلق زوجته طلاقا بائنا بغير طلب منها ولا رضاها ، ومات في أثناء عدتها ، ورثت منه، لإنه بطلاقها في مرض الموت يعتبر فارا من ميراثها فيعامل بنقيض مقصوده . ويطلق المالكية عمل الباعث أو المقصود أكثر من ذلك فيحكمون بتوريثها منه حتي ولو انقضت عدتها وتزوجت غيره قبل موته ويتوسط الحنابلة في النظر إلي مقصوده من الطلاق فيحكمون بتوريثها منه حتي ولو مات بعد انقضاء عدتها منه ما لم تتزوج غيره . أما الشافعية فلا ينظرون إلي هذا القصد ، ويرون أنها قد بانت منه وانقطعت الزوجية بينهما فلا ترثه وإن مات وهي ما تزال في العدة . وتكشف هذه المسألة فيما يبدو لي – علي وجه الخصوص – عن موقف المذاهب المختلفة من نظرية الباعث أو السبب .

المذهب المالكي والحنبلي:

يتوسع المالكية والحنابلة في النظر- إلي مقصود العاقدين من العقد ويعتدون به في الحكم علي العقد ولو لم يذكر في صيغته أو يستخلص من طبيعة المحل ، إذ يضيفون إلي ذلك أنه إذا تبين عدم مشروعية الباعث بأي دليل آخر بطل العقد .

---

(١) الام للشافعي ٣/ ٦٥ نقلاً عن مصادر الحق للسنهوري ٤/ ٥٥.

(٢) المادة ١٥٩٥ من المجلة العدلية.

وهذا هو ما يعبر عنه ابن القيم بقوله : لااعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها دون ظواهر ألفاظها وأفعالها ، ومن لم يراع القصود في العقود وجري مع ظواهرها يلزمه ألا يلعن العاصر (أي عاصر العنب بقصد تخميره) وأن يجوز له عصر العنب لكل أحد وإن ظهر له أن قصده الخمر ، وأن يقضي له بالأجرة لعدم تأثير القصد في العقد عنده . ولقد صرحوا بذلك وجوزوا له العصر وقضوا له بالأجرة . وقاعدة الشريعة التي لايجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات [1] ويقول في موضع آخر كذلك :تظاهرت أدلة الشرع وقواعده علي أن القصود في العقود معتبرة وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمته [2] ويعبر الشاطبي عن ذلك تعبيرا مشابها فيقول : المقاصد معتبرة في التصرفات من العبارات والعادات . والأدلة علي ذلك لا تنحصر [3] .

ولايشترط المالكية والحنابلة لإعمال السبب أو الباعث الغير المشروع العلم به أو دلالة الظروف عليه . من ذلك أن بيع السلاح لطالب الثأر قرينة علي أن قصد المشتري غير مشروع فيبطل البيع ويكفي أن يعلم البائع بطلب المشتري الثار ليعرف قصده . وكذا لو أهدي المقترض شيئا للمقرض حمل علي الربا . وكذا لو أهدي المشركون لأمير الجيش هدية حمل ذلك علي الرشوة لو اختص بها . ولا يصح كذلك الإهداء لموظف رسمي بقصد أدائه لواجبه أو الإعانة علي الحصول علي ماليس من حق المهدي ، ويحمل ذلك علي الرشوة. ويستدل علي اشتراط هؤلاء الفقهاء علم الطرف الآخر للاعتداد بالباعث بقول صاحب كشاف القناع :« ولا يصح بيع سلاح ونحوه في فتنة ، أولأهل الحرب ، أولقطاع طريق ، إذاعلم البائع ذلك من مشتر به ولو بقرائن لقوله تعالي : (ولا تعاونوا علي الإثم والعدوان) ويصح بيع السلاح لأهل العدل لقتال البغاة وقتال قطاع الطريق، لأن ذلك معونة

---

(١) إعلام الموقعين ٢/٩٥.

(٢) السابق ٣/١٠٩.

(٣) الموافقات ٢/٣٢٣.

على البر والتقوي [1] .

وينص ابن قدامة علي اشتراط علم الطرف الآخر بالباعث الغير المشروع لتأثيره في إبطال العقد ، وذلك عند توضيحه لبطلان بيع العصير ممن يتخذه خمرا، فيقول : « إنما يحرم البيع ويبطل إذا علم البائع قصد المشتري إما بقوله وإما بقرائن مختصة به تدل علي ذلك [2] »

إجمال الاتجاهات الفقهية : من هذا يتضح أن المذاهب الفقهية جميعها تلتقي علي اعتبار الباعث في النظرإلي العقد وحكمه ، وعلي أن الباعث الغير المشروع يؤدي إلي الحكم علي العقد بالبطلان . غير أن الفقهاء قدا اتجهوا اتجاهين ينزع أولهما إلي النزعة الموضوعية في إعمال الباعث ، فلا يعتد به إلا إذا جري التعبير عنه في صيغة العقد . وهذه التزعة الموضوعية في إعمال السبب . ويمثل هذا الاتجاه بوجه عام كل من الشافعية والأحناف . أما أصحاب الاتجاه الآخر الذي يتوسع في الاعتداد بالباعث فهم الذين لا يشترطون لإعمال قصد المتعاقد سوي علم الطرف الآخر به . وهذا هو مذهب المالكية والحنابلة الذي يشبه النزعة الذاتية السائدة في الفقه اللاتيني .

وبهذا يتضح أن الفقه الإسلامي يتسع في موضوع الباعث والسبب للاتجاهين السائدين في التفكير القانوني العالمي وهما الاتجاه الموضوعي والاتجاه الذاتي .

القواعد الفقهية المؤيدة لاعتبار الباعث :

ورد في المجلة العدلية عدد من القواعد الفقهية الضابطة لإعمال الباعث واعتباره وفيما يلي عدد من هذه القواعد :

---

(١) كشاف القناع للبهوتي ٣/١٤٦.

(٢) المغني لابن قدامة ٤/٢٤٦.

١. الأمور بمقاصدها (المادة ١)٠

٢. العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني (المادة ٢) ٠

٣. من استعجل الشئ قبل أوانه عوقب بحرمانه (المادة ٩٩)٠

٤. من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه (المادة ١٠٠)

المبحث الثالث

الشروط المقترنة بالعقد

العقود أسباب لترتب الأحكام الشرعية الثابتة بحكم الشرع ؛ فينحصر دور العاقدين في القيام بالسبب علي حين يستقل الشارع بإثبات الأحكام المترتبة علي التعاقد .

ولا حق لأي من العاقدين في تغيير الأحكام الشرعية المترتبة– علي التعاقد والمختلفة باختلاف العقود . وإنما حدد الشارع الأحكام الأساسية لكل عقد من العقود . أو ما يسمى بمقتضي العقد ، تاركا للعاقدين تنظيم الأحكام الأخري التي لا تعارض هذا المقتضي ولا تتناقض معه . وبهذا فإن المقصود من اصطلاح " الشروط المقترنة بالعقد " هو هذه الشروط الواردة علي آثار العقد ولا تتناقض مع مقتضاه .

ويلزم لمتابعة موضوع الشروط المقترنة بالعقد التفريق بين كل من الشروط الصحيحة والشروط الفاسدة بتفصيل أنواعهما علي النحو التالي :

١- الشرط الذي يقتضيه العقد أو يلائمه :

إذا ورد اشتراط المتعاقدين علي مقتضي العقد لتأكيد ما يوجبه فهو اشتراط صحيح معتبر ، كشرط تسليم المبيع أو الثمن والرد بالعيب أو حبس المبيع حتي يقبض الثمن . وكذا لو ورد الشرط علي ما يلائم مقتضي العقد كاشتراط المقرض رهنا بالقرض أو كفيلا به أو أن يحيله بقيمته علي غيره فإن هذا الاشتراط يصح باتفاق المذاهب (١) .

---

(١) المبسوط ١٣/١٩ ، والبدائع ٥/١٧١ ، والخرشي ٥/٨٢ ، ومواهب الجليل ٤/٣٧٥، والمهذب ١/٢٦٨ ، والمادة ٢٣١ من مرشد الحيران .

٢- الشرط الذي يجري به التعامل : يجيز الأحناف والمالكية والحنابلة الشروط التي تتضمن منفعة لأحد طرفي التعاقد وقد جري بها عرف التعامل . والقاعدة الفقهية أن الثابت بالعرف كالثابت بالنص . وإنما حكم بتصحيح الشروط الموافقة لمقتضي التعامل لان في الخروج عن العرف حرجا ومشقة . ولذا يصح فيما ذكره الفقهاء أن " يشتري ثوبا أو خفا خلقا علي أن يرقعه البائع ويخرزه ويسلمه "(١) ومن أمثلة ذلك أن يتفق العاقدان في إجارة علي قيام المالك بدفع ثمن استهلاك المياه أو بالمسئولية عن الحديقة أو بإعادة الطلاء كل فترة معينة . ومنه الاتفاق علي ضمان السلع المبيعة الدقيقة الصنع من أعطال معينة فترة يتفق عليها المتعاقدان .

وقد جاء في المادة (٣٢١) من مرشد الحيران ضبط هذين النوعين من الشروط الصحيحة . ونص هذه المادة :

« الشرط الذي يقتضيه العقد أو يلائمه ويؤكد موجبه جائز معتبر فيصح اقتران العقد به ، وكذلك يعتبر الشرط المتعارف الذي جرت به عادة البلد وتقرر في المعاملات بين التجار وأرباب الصنائع ».

٣- الشرط الذي لا يناقض مقتضي العقد : ولا أصلا من أصول الشريعة شرط صحيح عند المالكية والحنابلة وفيما عبر عنه ابن تيمية وابن القيم . وتفريعا علي هذا يصح فيما نص عليه الحنابلة « البيع بشرط انتفاع البائع بالمبيع نفعا معلوما ... والشرط لازم ؛ فلو باع الدار بشرط سكناه (البائع) بها شهرا ، أو البعير بشرط ركوبه إلي محل معين صح وثبت له حق الانتفاع المعين ، وله استيفاؤه بنفسه وبغيره بالإجارة والإعارة (٢) » . ومن هذا القبيل مالو « اشتري شيئا علي أن يحمله البائع إلي محل معين ، أو اشتري الثوب علي أن يخيطه له جبة ، أو

---

(١) البحر الرائق ٦/ ٩٥ .

(٢) المادة ٢٤٨ من مجلة الاحكام الشرعية .

اشتري التمر علي النخل أو الزرع علي أن يكون الجذاذ والحصاد علي البائع صح ووجب الوفاء بالشرط . حتى لو مات البائع قبل الوفاء أو تلف المبيع قبله لزمه عوضه[1] » . أما الشافعية فلا يعتبرون مجرد جريان العرف بالتعامل أو بالشرط سببا لتصحيحه.

ويبدو لي أن تصحيح الأحناف الشروط التي جري بها التعامل قد يسرت لهم الاقتراب من مذهب الحنابلة والمالكية في تصحيح الشروط التي لا تناقض أصلا شرعيا ، وذلك علي الرغم من اختلاف الفريقين في أساس النظر إلي الشروط، حيث يذهب الحنابلة إلي أن الأصل فيها هو الحل مالم تناقض أصلا شرعياً ، علي حين يذهب الأحناف إلي أن الأصل هو الحظر مالم يرد دليل الحل

٤- بطلان الشرط والعقد :

يحكم الفقهاء ببطلان الشرط إذا عارض مقتضي العقد ، كالبيع مع اشتراط عدم تسليم المبيع . ويحكم ببطلان الشرط كذلك لو لم يلائم العقد ولا جري به التعامل أو تناقض مع أصل من الأصول الشرعية ، كالاتفاق علي القرض بربا، فإن هذا الشرط يبطل ، ويلغو معه العقد . وإنما يؤدي الشرط الفاسد إلي فساد العقد ذاته ، إذا كان هذا العقد من عقود المعاوضات كالبيع والإجارة والقسمة والصلح علي مال . جاء في المادة (٣٢٣) من مرشد الحيران ضبط معيار ما يؤدي من الشروط الفاسدة إلي فساد العقود المقترنة بها . ولفظ هذه المادة : « كل ماكان مبادلة مال بمال كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والمزارعة والمساقاة والقسمة والصلح عن مال لا يصح اقترانه بالشرط الفاسد ولا تعليقه به ، بل تفسد إذا اقترنت أو علقت به » . وإنما يفسد العقد بفساد الشرط في هذه العقود منعا من تفرق الصفقة علي من اشترطها ، لأنه لم يرض بالعقد إلا مع هذه الشروط ، فلو ألزمناه بالعقد دونها لما وافق هذا إرادته .

---

(١) المادة ١٤٩ من مجلة الأحكام الشرعية .

٥- الشروط الباطلة وحدها مع بقاء العقد صحيحا : يبطل الشرط المقترن بالعقد إذا صادم أصلا شرعيا أو تناقض مع مقتضي العقد ولم يكن ملائما له ولم يجر به التعامل . ومعني بطلان الشرط أنه غير ملزم . ولا يؤدي بطلان الشرط إلي بطلان العقد المقترن به إذا لم يكن العقد من عقود المعاوضات المالية . بأن كان من التبرعات كالهبة والقرض والوصية ، أو من التوثقات كالرهن والكفالة والحوالة . أو من العقود غير المالية كالنكاح والخلع [1].

وإنما لم تفسد هذه الشروط الباطلة العقود المقترنة بها ، للفصل بينهما في قصد المتكلم وتوجه إرادته . ولذا لو اشترط في عقد زواجه ألا مهر لها أو ألا نفقة لها فإن الشرط يفسد ويبقي العقد صحيحا . لأن هذا الاشتراط لم يكن هو الذي دفعه إلي التعاقد .

جاء في المادة (١٦٤) من القانون الأردني النص علي تصحيح الشروط المقترنة بالعقد إذا كانت تؤكد مقتضاه أو تلائمه أو جري بها عرف التعامل ، وأنها تصح كذلك إذا تضمنت منفعة لأحد الطرفين ولم تخالف الأصول الشرعية . ويلغو الشرط إذا لم يندرج تحت أي من هذه الشروط الصحيحة ، ويفسد العقد بفساد الشرط إذا مثل هذاالشرط الدافع للتعاقد لدي من اشترطه ، علي حين يلغو الشرط وحده إذا لم يبلغ مبلغ الدافع للتعاقد لدي من اشترطه . ٠وقد جري الاستناد في هذا القانون في بيان أنواع الشروط الصحيحة إلي اجتهادات الأحناف والمالكية والحنابلة . إلا فيما يتعلق بتحديد المعيار الذي يميز بين الشروط الفاسدة التي يفسد بها العقد و بين الشروط الفاسدة التي لا يفسد بها العقد . ويقتضي هذا المعيار تحديد دوافع أطراف العقد إلي التعاقد ومعرفة موقع هذا الشرط من هذه الدوافع ، فإن كان هو الدافع إلي العقد وحكم بفساده فإن العقد يفسد هو الآخر . يوضحه أنه إذا تزوج امرأة واشترط أن تنفق عليه فإن الشرط

---

(١) راجع المواد من ٣٢٤ إلي ٣٢٦ من مرشد الحيران .

يبطل ولا يبطل العقد ، لأنه لا يصلح دافعا إلي التعاقد . أما إذا باعه شيئا علي أن يهبه لابنه فإن هذا الشرط يفسد . ويفسد معه العقد إذا لم يكن البائع قد رضي بهذا البيع إلا بهذا الشرط . ويختلف هذا المعيار عما سبق ذكره من التفريق بين عقود المعاوضات المالية وبين غيرها من عقود التبرعات والتوثقات .

ونص المادة (١٦٤) المشارإليها :

« ١- يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جري به العرف والعادة ».

« ٢- كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير مالم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب . وإلا لغا الشرط وصح العقد ، ما لم يكن الشرط هو الدافع إلي التعاقد فيبطل العقد أيضا » .



الفصل الخامس
البطلان في العقود

تقديم :

العقد الصحيح : هو العقد الذي رتب الشارع أحكامه عليه ، لاجتماع أركانه وشروطه[١] . وركن العقد هو الصيغة وحدها (الإيجاب والقبول) عند الأحناف ، علي خلاف الجمهور الذي يعتبر العاقدين والمحل من أركان العقد ، كما تقدم .

وإنما يكون العقد صحيحا بتطابق الإيجاب والقبول وصدورهما في مجلس واحد واتصال القبول بالإيجاب . ويشترط في العاقد أن يكون مميزا عاقلا بالغا . كما يشترط في محل العقد أن يكون موجودا معينا قابلا للتعامل فيه شرعا ومقدور التسليم .

وحكم العقد الصحيح هو ترتيب آثاره عليه في الحال إن كان نافذا، أو بعد زوال سبب الوقف إن كان موقوفا .

وينقسم العقد الصحيح إلي نافذ أو موقوف [٢] .

أما العقد الصحيح النافذ فهو الذي عقده من له ولاية عقده ولا يتعلق بالمحل حق للغير . أما العقد الموقوف فلا يعقده من له هذه الولاية (الأصلية أو النيابية) وتترتب عليه آثاره بإذن صاحب الشأن . وأسباب توقف العقد وتعليق النفاذ علي هذا الإذن عديدة من بينها أن يكون العاقد فضوليا أو مولي عليه

---

(١) جاء تعريف العقد الصحيح في المادة (٣١١) من مرشد الحيران ، ونصها: "العقد الصحيح الذي يظهر اثره بانعقاد هو العقد المشروع ذاتاًووصفاً. والمراد بمشروعية ذاته ووصفه ان يكون ركنه صادر من اهله مضافاً الى محل قابل لحكمه وان تكون أوصافه صحيحة سالمة من الخلل والأ يكون مقرونا بشرط من الشروط المفسدة للعقد" .

(٢) انظر البدائع ٥ /١٤٨ وما بعدها ، وفتح القدير ٥ /١٠٩ وما بعدها ، وحاشية ابن عابدين ٤ /١٨٦ وما بعدها، وبداية المجتهد ٢ /١٧١ .

كعقد الصغير المميز قبل الإذن له ؛ فإنه ينعقد موقوفا علي إذن وليه . ومن أسباب وقف العقد كذلك أن يتعلق بالمعقود عليه حق للغير ، كبيع الراهن الرهن (أو المؤجر المأجور علي قول) فينعقد العقد صحيحا موقوفا علي إذن المرتهن والمستأجر ، منعا للإضرار بحقوقهما ومنه تبرع المريض مرض الموت بأكثر من ثلث تركته فإن تبرعه صحيح موقوف علي إذن الورثة .

والعقد الموقوف قبل الإجازة كالباطل ، لا يترتب عليه أثره ، وبعد الإجازة صحيح تترتب عليه الأحكام الشرعية جميعها .

وينقسم العقد الصحيح كذلك إلي لازم وغير لازم (١) . واللازم هو الذي لاحق لأي من العاقدين أو غيرهما في نقضه وفسخه . أما غير اللازم فهو الذي يثبت فيه الخيار في نقضه وفسخه . وتثبت الخيارات في نقض العقد بالاتفاق عليه أو بنص الشارع . وتتنوع الخيارات المتفق عليها لدي جمهور الفقهاء ، ومن بينها خيار الشرط وخيار العيب وخيار الرؤية وخيار المجلس وخيار التعيين .

وبهذا فإن العقد الصحيح ينقسم إلي الأقسام التالية :

١- العقد الصحيح النافذ اللازم .

٢- العقد الصحيح النافذ الغير اللازم .

٣- العقد الصحيح الموقوف .

العقد الغير الصحيح :

أما العقد الغير الصحيح فهو العقد الباطل عند جمهور الفقهاء ، وهو الذي عراه الخلل في ركن من أركانه (الإيجاب – القبول – العاقد – المحل) أو اتصل به وصف نهي عنه الشارع ، كالربا أو الغرر . ولذا فإن عدم تطابق الإيجاب مع

---

(١) مختصر أحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف، ص ١٣٤، وبداية المجتهد .

القبول أو صدورهما من غير أهل أو ورودهما على محل غير قابل للتعامل شرعا مما يوجب بطلان العقد .

ولا فرق في البطلان عند الجمهور بين ورود الخلل في ركن من أركان العقد أو في شرط من شروط صحته ، وسواء ورد الخلل في أصل أو وصف فإن العقد لايكون صحيحا وينعت بالبطلان .

أما الأحناف فيفرقون بين الخلل الوارد في ركن العقد أو في شرط من شروط هذا الركن وبين الخلل الوارد في وصف منهي عنه ؛ فالعقد الباطل عندهم هو ما ورد الخلل في أي من الأصول التاليه :

١- تطابق الإيجاب والقبول .

٢ - اتحاد مجلس العقد .

٣- تعدد العاقد

٤- العقل والتمييز

٥- كون المحل مقدور التسليم

٦- كون المحل معينا أو قابلا للتعيين

٧- صلاحية المحل للتعامل فيه بكونه مالا متقوما مملوكا .

أما العقد الفاسد فهو ما لم يرد الخلل في أصل من هذه الأصول السابقة، وإنما ورد في وصف يلتحق بهذه الأصول . والأسباب التي تجعل العقد فاسدا عند الأحناف خمسة :

١- الإكراه

٢- الغرر

٣- الربا

٤- شرط فاسد مقترن بالعقد

٥ - التسليم موجب للضرر (١) .

---

(١) راجع مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٤/١٣٦ وما بعدها .

ومع ذلك فإن الباطل والفاسد في الزواج والعبادات بمعني واحد ، ويستخدم كل منهما أحيانا في مكان الآخر في غير ذلك (١).

تدرج العقد من البطلان إلي الصحة في الفقه الإسلامي :

ينقسم العقد في الفقه القانوني تقسيما طرفاه العقد الصحيح والعقد الباطل (أو الباطل بطلانا مطلقا) يتوسطهما ما يعرف بالعقد القابل للإبطال أو العقد الباطل بطلانا نسبيا . أما الفقه الاسلامي فيتدرج في مراتب الصحة والبطلان تدرجا أوسع من التدرج القانوني ، فنراه يقسم العقد إلي :

١ – صحيح نافذ لازم .

٢ – صحيح نافذ غير لازم

٣– صحيح غير نافذ أو موقوف

٤– العقد الفاسد

٥– العقد الباطل

وإذا حاولنا تنزيل التدرج الفقهي علي التقسيم القانوني فإنه يمكن القول بأن طرفي التدرج في الفقه هو العقد الصحيح النافذ اللازم والعقد الباطل ، وبينهما كل من العقد الفاسد والعقد الموقوف والعقد الغير اللازم. وتفيد هذه المقارنة في إدراك الملاحظة التي جاءت في المذكرة التوضيحية للقانون المدني الأردني والتي ورد فيها :

« ارتقت نظرية البطلان في الفقه الاسلامي عنها في القانون من حيث:

« هذا التدرج المحكم في مراتب البطلان ، فمن عقد باطل إلي عقد فاسد إلي عقد موقوف إلي عقد غير لازم ، في حين أنه لا يوجد في القانون إلا العقد

---

(١) فتح القدير ٥ / ١٨٥ حيث يقول الكمال: ثم لفظ الفاسد في قوله : إذا كان أحد العوضين او كلاهما محرماً فالبيع فاسد مستعمل في الاعم من الفاسد والباطل.

الصحيح والعقد الباطل . أما العقد القابل للإبطال فهو صحيح حتي يبطل .

« في ابتداع فكرة العقد الفاسد ، وهو ما لا مقابل له في القانون .

« في التصوير الفني للعقد الموقوف ، وهو أرقي في الصياغة الفنية مما يقابله في القانون من العقد القابل للإبطال .

« في التدرج الدقيق في أثر الخيارات : من منع انعقاد العقد في حق الحكم في خيار الشرط إلي منع تمامه في خيار الرؤية إلي منع لزومه في خيار العيب . وهي في ذلك تلبس كل حالة الثوب الذي يلائمها ، فتارة يكون الرجوع في العقد بإرادة منفردة ، وطورا يكون بالتراضي أو بالتقاضي ، وطورا يجوز الإسقاط مقصودا وطورا لا يجوز ، وتارة ينتقل الخيار بالميراث وطورا لا ينتقل (١). »

ومع ذلك فقد استبعد القانون العراقي والسوري والمصري الأخذ بفكرة العقد الفاسد ، وسوت هذه القوانين بين باطل العقد وفاسده ، مخالفة المذهب الحنفي وآخذة برأي الجمهور . لكن يتميز القانون العراقي عن نظيريه المصري والسوري في الأخذ بفكرة العقد الموقوف لاحتلال هذه المرتبة المتوسطة بين العقد الصحيح وبين العقد الباطل بدلا من فكرة العقد القابل للإبطال . ويختلف العقد الموقوف عن العقد القابل للإبطال من جهة أن العقد القابل للإبطال ينشأ صحيحا منتجا لآثاره إلي أن يطلب صاحب المصلحة الحكم بإبطاله فيبطل أو تلحقه الإجازة فينتقل إلي الصحة بصورة نهائية . أما العقد الموقوف فينشأ صحيحا ، لكنه لا ينتج آثاره ، بل تظل هذه الآثار موقوفة إلي أن ينقض العقد فيبطل أو تلحقه الإجازة فيصح . « ومن ثم فإن فكرة العقد الموقوف تفضل فكرة العقد القابل للإبطال في أن العقد الذي يشوبه نقص في الأهلية أو عيب في الإرادة أو انعدام الولاية علي المحل يحسن أن يقف حتي تلحقه الإجازة ، فهذا أولي من أن ينفذ حتي يطلب إبطاله ، وذلك لملافاة التعقيدات التي تنشأ عند إبطال العقد بعد نفاذه »

(١) المذكرة التوضيحية للقانون المدني الاردني ١/١٦٥ في تقديم المادة ١٦٧.

وقد أخذ القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية الصادر عام ١٩٨٥ بفكرة العقد الفاسد المستمدة من المذهب الحنفي والزيدي ، فكمل الأخذ في هذين القانونين بمراتب تدرج البطلان المعروفة في الفقه الاسلامي .

وفيما يلي بحث هذه المراتب والوقوف عند كل من العقد الباطل والفاسد والموقوف وغير اللازم .



المبحث الأول

العقد الباطل والفاسد

أولاً - العقد الباطل :

تعريفه : العقد الباطل عند الأحناف هو مالم يشرع لا بأصله ولا بوصفه ، ويقصد بأصل العقد ركنه والشروط الواردة علي الركن ، مما يتعلق بالتوافق بين الإيجاب والقبول وورودهما في مجلس واحد وكون العاقد مميزا ومتعددا فضلا عما يتعلق بالمحل من شروط سبق ذكرها .

أما الوصف الغير المشروع فيتعلق بعيوب الرضا والشرط الفاسد في عقود المعاوضات المالية والربا والغرر وإيجاب التسليم للضرر.

وبهذا فالخلل في العقد الباطل وارد في مقومات العقد وأسسه التي يقوم عليها انعقاده مما يرجع إلي الصيغة أو العاقدين أو المحل . من ذلك بيع الميتة والدم وكل ماليس بمال كالإنسان الحر أو بعض أجزائه أو جثته بعد وفاته أو شيء منها أيضا ، وكذا بيع الخمر من المسلم ، لأنها ليست مالا في حقه . ومن العقد الباطل نكاح إحدي المحرمات أو النكاح المؤقت بوقت معين . ومنه كذلك استئجار نائحة أو مغنية ، لعدم التقوم في الاعتبار الشرعي .

أحكام العقد الباطل :

العقد الباطل ليس له وجود شرعي فلا يوجد الالتزام المتفق عليه بين طرفي التعاقد ، وذلك " لأن الحكم للموجود ، ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة ، لأن التصرف الشرعي لا وجود له بدون الأهلية والمحلية شرعا ، كما لا

وجود للتصرف الحقيقي إلا من الأهل في المحل حقيقة(١) »

وإجمال أحكام العقد الباطل فيما يلي :

١- لا تترتب عليه الأحكام الشرعية للعقد ، ولذا لا يملك أي من الطرفين المطالبة بجبر الطرف الآخر علي تنفيذ هذه الأحكام ، ولمن نفذ منهم شيئا من هذه الأحكام برضاه أن يطالب الآخر برد الأمر إلي ما كان عليه ، سواء كان يعلم بالبطلان عند التنفيذ أو لم يكن يعلم .

وعلي سبيل التوضيح فإن من يبيع إلي مجنون أو صبي لا يعقل شيئا ، ويسلم المبيع إلي المشتري ، يكون له الحق في المطالبة برده حتي لو باع المشتري الشيء المبيع بعد تسلمه من بائعه إلي طرف آخر .

وقد يؤدي الحكم باسترداد المبيع بعد التصرف فيه ونقله لطرف ثالث إلي الإضرار بهذا الطرف ، ولذا يسقط حق استرداد المبيع في العقد الباطل عند المالكية بخروجه إلي يد الغير بتصرف صحيح (٢) .

٢- الإجازة لا تلحق العقد الباطل ، لأنه ليس له وجود شرعي ، والخلل وارد في أصله الذي يقدم عليه لا في وصف ينفك عنه .

٣- لكل صاحب مصلحة التمسك ببطلان هذا العقد ولا يقتصر الحق في المطالبه بذلك علي العاقدين . ولذلك فإن للدائن والولي إثبات بطلان العقد الصادر من غير المميز أو المجنون .

٤- انتقال الضمان من البائع إلي المشتري في العقد الباطل إذا هلك المبيع في يد المشتري ، لأن البائع مارضي بتسليمه إليه علي غير وجه الضمان فيضمنه ، بخلاف مالو سلمه إلي آخر علي سبيل الأمانة فإنه لا يضمن إلا بالتعدي . وهذا

(١) البدائع ٥/٣٠٥ .

(٢) حاشية الدسوقي ٣/ ٧٤ نقلاً عن مصادر الحق .

هو الراجح في مذهب الأحناف والمالكية والحنابلة . وفي المذهب الحنفي رأي آخر وهو أن العقد الباطل لا يوجب الضمان إذا اقترن به القبض إلا إذا تعدي فيه الطرف الآخر . ولا يضمن المشتري أصل المبيع فحسب بل يضمن نماءه المتصل والمنفصل لذلك (١) .

٥- الدخول في عقد الزواج الباطل سبب لدرء الحد ووجوب المهر وثبوت النسب ووجوب العدة (٢) .

تجزئة البطلان :

إذا تعددت أجزاء العقد ولحق البطلان بعض هذه الأجزاء ولم يلحق البعض الآخر ، أو حكم بوقف العقد في بعض هذه الأجزاء ، فهل يقتصر البطلان والوقف علي الجزء الذي قام به سبب البطلان أو الوقف أم يتصف العقد جميعه بالبطلان والوقف ؟

هذه هي فكرة انتقاص العقد في الفقه المدني المعروفه لدي الفقهاء المسلمين . ويمكن القول بوجود اتجاهات متعددة لهؤلاء الفقهاء في الموقف من تجزئة البطلان ، وأجمل هذه الاتجاهات فيما يلي :

الاتجاه الأول : الحكم ببطلان العقد إذا كان صفقة واحدة ولحق البطلان بعض أجزائه دون بعضه الآخر . وهذا هو رأي أبي حنيفة وزفر، وهو الراجح في المذهب المالكي والحنبلي . ويتمسك أصحاب هذا الاتجاه بالبطلان الكلي للعقد ، حتي لا تتفرق الصفقة علي العاقدين . وهما ما رضيا بها إلا كتلة واحدة، فالفصل بين أجزائها إلزام لهما بما لم يرضيا به ولم يتفقا عليه . ويشير بعض أصحاب هذا الاتجاه إلي قاعدة « أنه إذا اجتمع الحرام والحلال فالغلبة للحرام » في استدلالهم علي الحكم بالبطلان الكلي . وتفريعا عليه لو جمع في بيعه بين شاة

(١) تبيين الحقائق ٤/ ٦٠ .

(٢) المغني لابن قدامة ٤/ ٢٦١ ، وكشاف القناع ٣/ ٧٧ ، والقواعد لابن رجب ٤٥٩ .

ذكية (مذبوحة) وميتة بطل البيع فيهما لأن الصفقة متحدة فلا يمكن وصفها بالصحة والفساد فتبطل(١) ويشير أصحاب هذا الاتجاه إلي تعذر معرفة جزء الثمن الخاص بالجزء الصحيح من الصفقة ، فلزم بطلان الصفقة كلها ، يذكر ابن قدامة أنه لو باع فرسا وما في بطن فرس أخري بألف فهذا البيع باطل بلا خلاف يعلمه ، لأن المجهول لا يصح بيعه لجهالته والمعلوم مجهول الثمن . فيبطل البيع في الصفقة كلها (٢) .

ويقضي الاتجاه الثاني بتجزئة البطلان . جاء في القوانين الفقهية : «إذا اشتملت الصفقة علي حلال وحرام ، كالعقد علي سلعة وخمر أو خنزير أو غير ذلك .... قيل يصح البيع فيما عدا الحرام بقسطه من الثمن . ولو باع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة واحدة صح البيع فيهما ، ولزمه في ملكه ووقف اللزوم في ملك غيره علي إجازته (٣) » ويعبر الشيرازي الشافعي عن هذا الاتجاه أيضا بقوله : « إذا جمع في البيع بين ما يجوز بيعه وبين مالا يجوز بيعه ، كالحر والعبد وعبده وعبد غيره ، ففيه قولان أحدهما تفرق الصفقة فيبطل البيع فيما لا يجوز ويصح فيما يجوز ، لأنه ليس إبطاله فيهما لبطلانه في أحدهما بأولي من تصحيحه فيهما لصحته في أحدهما ، فبطل محل أحدهما دون الآخر وبقيا علي حكمها، فصح فيما يجوز وبطل فيما لا يجوز(٤) »

الاتجاه الثالث : جواز العقد ونفاذه في الجزء الصحيح الذي لم يلحقه البطلان أو الوقف بقسطه من الثمن . فإن لم يعلم ما يقابل الجزء الصحيح والجزء الباطل من الثمن بطل العقد كله . فلو باع فرسا وحمل فرس أخري بألف ، مع الاتفاق علي أن ثمن الفرس ثمانمائة والحمل بمائتين صح البيع للفرس ، وبطل فيما

---

(١) تبيين الحقائق ٤ /٦٠ .

(٢) المغني لابن قدامة ٤ /٢٦١ ، وكشاف القناع ٣ /٧٧ ، والقواعد لابن رجب ٤٥٩ .

(٣) السابق، ص ٢٦٠ .

(٤) المهذب ١ /٢٦٩ .

يتعلق بالحمل ، ولم يلزم المشتري سوي الثمانمائة . ومن الواضح أن الصفقة تتعدد إذا انفصل كل جزء بقسطه ، وقد رضي المتعاقدان في كل جزء بما يقابله من العوض فإذا فسد عقد أحدهما لم يمنع فساده صحة مالم يرد عليه البطلان . وهذا هو رأي الصاحبين في المذهب الحنفي ، ورأي عند المالكية والشافعية والحنابلة .

وقد أخذ القانون الأردني بمذهب الصاحبين في ذلك ، فجاءت المادة (١٦٩) منه بالنص علي أنه « ١- إذا كان العقد في شق منه باطلا بطل العقد كله إلا إذا كانت حصة كل شق معينة فإنه يبطل في الشق الباطل ويبقي صحيحا في الباقي .

٢- وإذا كان العقد في شق منه موقوفا توقف في الموقوف علي الإجازة ، فإن أجيز نفذ العقد كله . وإن لم يجز بطل في هذا الشق بحصته من العوض وبقي في النافذ بحصته »

تحول العقد :

لا يقضي ببطلان العقد إذا توافرت فيه أركان عقد آخر أو ظهر أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إنشاء هذا العقد الآخر .وفى رأى السنهورى أنه " قد يصعب القول بأن الفقه الإسلامى يعرف نظرية تحول العقد على النحو الذى بسطناه فى الفقه الجرمانى ، ولكنه مع ذلك لا يخلو من بعض تطبيقات يمكن تقريبها من فكرة التحول " (١) ، ومع ذلك فإن كولسون يشير فى مقارنته لمفهوم الحوالة assingnment فى مفهومها الإسلامى بمفهومها الغربى إلى أن الفقه الإسلامى قد اعتمد على فكرة تحول العقد لتحقيق الاستجابة للظروف العملية المختلفة . والمثال الذى يذكره أن الفقهاء يشترطون فى عقد الحوالة أن يكون المحيل مدينا للمحال ، فإذا أحال محمد عليا إلى بكر بعشرة آلاف ، ولم يكن محمد

(١) المهذب ١/٢٦٩ .

مدينا لعلى بهذا المبلغ ، فإن الحوالة لا تصح ، و يكون علىٌّ مجرد وكيل لمحمد فى تحصيل دينه الذى له عند بكر (١) . وهذا المثال الذى ينقله كولسون عن المغنى لابن قدامة (٤ / ٥٢٤) يفيد أن الفقهاء يدركون مفهوم تحول العقد بشروطه المعروفة فى الفقه الألمانى حيث إن العقد الذى تفيده عبارة المتعاقدين لا تتوافر شروطه ، ولن يمكن الحكم بصحته . ومن جهة أخرى فإن هذا التصرف الباطل ينطوى على عناصر عقد الوكالة الذى يتحول إليه . وكذلك فإن أحكام عقد الوكالة هى التى انصرفت إليها إرادة المتعاقدين ، ولا يكون القاضى قد أجبرهم على شئ لا يريدونه لو أمضى عليهم هذا العقد الآخر ، وهو الوكالة فى هذا المثال .

ومن تطبيقات تحول العقد "بيع الوفاء" وتخريج الفقهاء لهذا البيع على أنه رهن . وصورته أن يبيع شخص سلعة له على أن يحتفظ بها البائع ولا يتصرف فيها ، وعلى أن يستعيدها البائع إن وفي للمشتري بالثمن . ومن الواضح أن الفقهاء الذين اعتبروا هذه المعاملة رهنا قد حكموا ببطلان كونها بيعا ورأوا إمكان تصحيح تصرف المتعاملين بحملها على الرهن . وتنطبق فى هذا المثال الشروط التى وضعها الفقه الألمانى لفكرة تحول العقد ، وهى بطلان العقد الأصلى، وتوافر عناصر العقد الآخر الذى يتحول إليه، واحتمال انصراف إرادة العاقدين إلى التصرف الآخر.

ومن هذا القبيل أنه إذا كفله فى دين بشرط براءته كان هذا حوالة ، ولو قبل حوالة بشرط عدم براءة المدين كان هذا التعامل كفالة . والهبة بشرط العوض بيع فتجرى فيها الشفعة ،والإعارة مدة معلومة بأجر معلوم إجارة ، والوصاية حال حياة الموصى وكالة ، والوكالة بعد الموت وصاية .

---

(١) مصادر الحق ٤ / ٢٦٩ ، وقد اشار السنهوري إلى الاصل الجرماني للمادة ١٤٤ مدني مصري ونبه الى مسلك القانون الالماني في مصادر الحق ايضاً ٤ / ١٠٠ .

ويتأكد إعمال الفقهاء لفكرة تحول العقد وإدراكهم لها بوضوح من قاعدة " العبرة فى العقود للقصود والمعانى لا للألفاظ والمبانى " ويلاحظ كذلك اتجاه الفقهاء إلى " حمل تصرف الناس على الصحة ماأمكن .

ثانيا : العقد الفاسد

تعريفه :

تقدم تعريف العقد الفاسد عند الأحناف بأنه ماكان مشروعا بأصله دون وصفه ، أى أنه صدر ممن هو أهل لإنشائه بصيغة سلمت من الخلل والمحل قابل لحكم العقد، غير أنه قد أتصل به وصف ينهى الشارع عنه. وأسباب الفساد التى سبقت الإشارة إليها كثيرة، من بينها الغرر والربا واقتران أي من عقود المعاوضات المالية بشرط فاسد والإكراه عند الإمام وصاحبيه خلافا لزفر ، فإن العقد يكون موقوفا بالإكراه والضرر فى تسليم المعقود عليه .

وإنما انفرد الأحناف والزيدية بابتداع فكرة العقد الفاسد للتفرقة بينه وببين العقد الباطل ، من حيث إن الخلل فى العقد الفاسد لم يرد على أصل من الأصول التى يقوم عليها العقد (الصيغة – العاقد – المحل) وإنما تعلق بوصف خارج عن هذه الأصول التى يبطل العقد بورود الخلل فيها . وقد أراد المذهب الحنفى بهذا التمييز بين ماعده أصلا فى العقد وبين ماعده وصفا اعتبار الخلل فى الثانى أضعف أثرا من الخلل فى الأول .

وستتضح طبيعة هذا العقد من معرفة أحكامه .

أحكام العقد الفاسد :

١ – إمكان زوال الفساد فى العقد الفاسد بزوال سببه . من ذلك أنه إذا

كان الفساد لجهالة الأجل وعينه العاقدان فى مجلس العقد ، أو للاتفاق على الربح فى المضاربة بنسبة معينة من رأس المال ثم غيرا ذلك إلى الاتفاق على تقسيم الربح بين صاحب المال والمضارب بنسبة معينة فإن العقد ينقلب إلى الصحة .ولو اتفقا على إسقاط الشرط الفاسد فى معاوضة مالية صار العقد إلى الصحة أيضا .

٣ـ العقد الفاسد بعد تنفيذه وحدوث القبض يفيد ملك المعقود عليه إذا جرى القبض للمعقود عليه برضا صاحبه وإذنه صراحة . وقد اختلفوا فى تحقق ملك المعقود عليه فى العقد الفاسد بإذن صاحبه دلالة دون تصريح . والملك المستفاد بالقبض فى العقد الفاسدلا يقوى قوة الملك الثابت بالعقد الصحيح ، لأنه ملك مستحق الفسخ ومضمون بالقيمة لو هلك فى يد حائزه ، ولا يفيد حل الانتفاع به كما تجب الشفعة بالقبض فى العقد الفاسد ، لأن حق البائع لم ينقطع.

٤ـ يقوى العقد الفاسد بحدوث القبض وتنفيذ أحكامه عن طواعية وبرضا من المتعاقدين ولكن يستمر حق فسخ هذا العقد بعد القبض وتنفيذ العقد بالتفصيل التالى :

أـ إن كان فساد العقد راجعا إلى البدل ، كالبيع بخمر أو خنزير ، فإن لكل من العاقدين فسخ العقد بعد القبض كما كان لهما قبله ، لأن الفساد الراجع إلى البدل فساد فى صلب العقد ، كما يقول الكسانى ، وذلك لأنه لا قوام للعقد إلا بالبدلين ، فكان الفساد قويا فيؤثر فى صلب العقد بسلب اللزوم عنه ، وبظهور عدم اللزوم فى حقهما جميعا [١] .

ب ـأما إن كان الفساد راجعا إلى شرط فاسد ، كبيع دار مع اشتراط حق البائع فى استردادها عند الوفاء بالثمن ، فإن لكل من الطرفين الحق فى فسخ البيع بعد القبض فى رأى أبى حنيفة وأبى يوسف ، خلافا لمحمد الذى قصر الحق فى

(1) Commercial Law in Gulf States By Noel J. Coulson, PP. 29 - 30

الفسخ علي المنتفع بالشرط . والقصد من التفريق بين حق العاقدين فى الفسخ أو حق أحدهما فيه على أساس تعلق الفساد بالبدلين أو بشرط فاسد هو التفريق بين رجوع الفساد إلى صلب العقد وبين رجوعه إلى أمر زائد عن ذلك . يقول الكمال ابن الهمام : "إذا كان الفساد فى صلب العقد . . فيملك كل فسخه، وإن كان الفساد بشرط زائد ، كالبيع على أن يقرضه ونحوه إلى أجل مجهول فكل واحد يملك فسخه قبل القبض . وأما بعد القبض فيستقل من له منفعة الشرط والأجل بالفسخ كالبائع فى صورة الإقراض والمشترى فى الأجل بحضرة الآخر دون من عليه عند محمد. وعندهما لكل منهما حق الفسخ ، لأنه مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد " .

٥- لا يستمر الحق فى فسخ العقد الفاسد مطلقا ، وإنما يحكم بانتهاء الحق فى المطالبة بهذا الحق على خلاف العقد الباطل - قصدا إلى إستقرار التعامل وحماية لحق أحد العاقدين أو للغير . وإنما يحكم بإنتهاء هذا الحق للأسباب التالية :

أ - تصرف العاقد فى المعقود عليه بعد قبضه بإذن صاحبه فى عقد صحيح يتعلق به حق الغير ، ولا يكلف باستردادالمعقود عليه من هذا الغير.

من ذلك أن المشترى فى عقد فاسد إذا تصرف فيما اشتراه بعد قبضه ببيعه إلى طرف ثالث لا يستطيع أن يطالب هو ولا غيره بفسخ العقد ، ويأمن الطرف الثالث من مطالبته برد ما اشتراه.

وكذا كل تصرف آخر ينقل الملك للغير ، كالهبة أو الصدقة. ويهدف الحكم بإنهاء المطالبة بالفسخ فى هذه الظروف إلى حماية الغير ، بتصحيح التصرف الذى صدر من المشترى إليه ، وتحويل ملكية المشترى فى العقد الفاسد من ملكية غير ثابتة ولا لازمة إلى ملكية صحيحة تمنع مطالبته باسترداد المبيع.

---

(١) فتح القدير ٥/٢٣١ .

ب – تغير المعقود عليه بزيادته زيادة غير متولدة عن الأصل ، ولا متصلة به على نحو لا يمكن فصلها عنه. والقصد من الحكم باستقرار المعاملة الفاسدة ولزومها فى هذه الحالة هو حماية حق المتعاقد نفسه ، لأنه لو حكم بالرد مع الزيادة كان فى هذا إضرار به .

ج – وكذا إذا تغير المعقود عليه فى العقد الفاسد تغيرا يخرجه من صورته التى كان عليها ، سواء كان ذلك بفعل المشترى أو بفعل غيره . وتستقر ملكية المشترى بهذا ، وتصير غير قابلة للفسخ .

د – هلاك المعقود عليه فى عقد فاسد بعد قبضه يمنع المطالبة بفسخ العقد ويضمن من هلك فى يده مثل هذا المعقود عليه أو قيمته . من ذلك أن المبيع إذا انتقل إلى المشترى فى بيع فاسد وهلك فى يده فإن البائع لا بطالب بفسخ العقد ، وإنما يطالب بضمان مثل المبيع إن كان من المثليات . والمثليات الأشياء التى لا تختلف آحادها ، كالبيض والقمح والأرز وما إلى ذلك، أما القيميات فهى التى تختلف آحادها ، كالحيوانات والسيارات المستعملة وما أشبه ، وإنما يكون ضمانها بالقيمة .

والخلاصة آن العقد الفاسد ترد عليه الأحكام التالية :

١ – العقد الفاسد عقد منهى عنه ولا تترتب عليه من جهة كونه عقدا آثاره الشرعية.

٢ – العقد الفاسد له وجود شرعى لانعقاده بتوافر شروط الانعقاد فيه .غير أن هذا الوجود غير مستقر ولا ثابت وتلزم إزالته ما لم يزل الوصف المفسد .

٣ –للعقد الفاسد وجوده كواقعة مادية كذلك ، وتترتب عليه بعض الآثار بكونه سببا فيها ، من ذلك إفادته الملك الناقص بقبض المعقود عليه، وتحوله إلى الملك التام إذا تصرف المتملك القابض فى المعقود عليه تصرفا ناقلا للملك إلى الغير.

٤ –يثبت حق الفسخ لأى من الطرفين قبل القبض ، كما يثبت لهمابعد القبض إن تعلق الخلل الموجب للفساد بصلب العقد . أما إن لم يتعلق هذا الخلل بصلب العقد ، بل بأمر زائد عنه ، فإن الخيار يثبت لهما على رأى فى المذهب الحنفى وللطرف المستفيد من الفسخ وحده ، طبقا لرأى آخر فى المذهب .

٥ – ينتهى حق الفسخ حماية لحق الغيرأو للعاقدين بقيام سبب من الأسباب السابقة الذكر .

وقد استمد القانون المدنى الأردنى أحكام العقد الفاسد من المذهب الحنفي ، فجاء فى مادته ١٧٠ ما يلى :

« ١– العقد الفاسد هو ما كان مشروعا بأصله لا بوصفه فإذا زال سبب فساده صح .

« ٢ –ولا يفيد الملك فى المعقود عليه إلا بقبضه .

« ٣ – ولا يترتب عليه أثر إلا فى نطاق ما تقرره أحكام القانون .

« ٤ –ولكل من عاقديه أو ورثته حق فسخه بعد إعذار العاقد الآخر »

.وهذه المادة قد جاءت بنصها تحت رقم ٢١٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى .

المبحث الثانى

العقد الموقوف والعقد الغيراللازم

أولاً : العقد الموقوف

تعريفه :

العقد الصحيح الموقوف هو العقد الذى توافرت فيه شروط الانعقاد[1] والصحة [2] وتخلف فيه شرط من شروط النفاذ ، وهى كمال الأهلية والولاية على محل العقد وعدم تعلق حق الغير به ، مما يؤدى إلى وقف آثاره المترتبة عليه إلى حين حصول الإجازة ممن له حق الإجازة .أما إذا اجتمعت فى العقد شروط النفاذ فإنه يسمى بالعقد الصحيح النافذ .

ولا يعترف الشافعية وبعض الحنابلة بفكرة العقد الموقوف [3] .

ويتضح من التعريف المذكور أن وقف آثار العقد المنعقد الصحيح لا يكون لخلل فى شئ من مقوماته ، وإنما لمراعاة مصالح العاقدين أو غيرهم ممن أريد

---

(١) إجمال شروط الانعقاد :

أ – يشترط فيما يتعلق بالصيغة : دلالة الإيجاب والقبول على إرادة إنشاء العقد – موافقة القبول للإيجاب – اتحاد مجلس العقد .

ب – ويشترط في العاقدين العقل والتمييز والتعدد .

ج – ويشترط في محل العقد أن يكون موجودا – مالا متقوما – مملوكا وليس على الإباحة العامة

(٢) شروط الصحة : – تعيين محل العقد أو قابليته للتعيين – كون محل العقد مقدور التسليم – عدم الشرط المفسد – عدم الربا – فائدة العقد – الرضا .

(٣) انظر مقال الدكتور زكي عبد البر عن العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي ومايقابله في القانون المصري . مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة والعشرون ص ١٢٢ ومابعدها .

حمايتهم بوقف نفاذ هذه الآثارعلى إجازتهم ورضاهم بالعقد . وإنما يكون العقد موقوفا فى الأحوال التالية :

١- إذا نشأ العقد بعبارة ناقص الأهلية ، بخلاف ما لو نشأ بعبارة معدوم الأهلية، حيث يكون العقد باطلا.

٢- إذا كان المعقود عليه ملكا لغير المتصرف ولم يؤذن له بالتصرف .

٣- إذا تعلق حق الغير بالمعقود عليه.

وفيما يلى توضيح كل سبب من الأسباب السابقة لوقف العقد .

وقف العقد لنقص الأهلية :

تقدم أن ناقص الأهلية ليس أهلا لإنشاء العقود المترددة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة بدون إذن سابق من وليه أوإجازة لاحقة ، أما التصرفات النافعة نفعا محضا خالصا فلا تتوقف على إذن سابق ولا على إجازة لاحقة ، وتصح من ناقص الأهلية . ولا تنعقد التصرفات الضارة بعبارة ناقص الأهلية، كما أن الولى لا يملك إجازتها .وحق الإجازة أو الرفض للأولياء ، وهم الأب أو وصيه ثم الجد أو وصيه ثم القاضي أو وصيه ويملك القاصر حق إجازة تصرفه بعد بلوغه .

وناقصو الأهلية هم الصغار والمجانين والمعتوهون والمحجور عليهم لغفلة أو لسفه .

وتصرفات القاصر والمحجور عليهم الدائرة بين النفع والضرر تنعقد صحيحة موقوفة على إذن الولى وإجازته ، فإن أجاز نفذ وإلا بطل التصرف .ولايترتب على العقد الموقوف أى أثر قبل إجازته وهو فى هذا يشبه العقد الباطل إلا فى أن آثار العقد الباطل معدومة لاتقبل الإجازة ، بخلاف العقد الموقوف فإن آثاره موجودة قائمة إلى أن يعلن الولى الإجازة وينفذ وتترتب عليه آثاره بالاستناد إلى

وقت انعقاده لا إلى وقت لحوق الإجازة . ويستطيع القاصر بعد بلوغه إجازة تصرفه السابق، مالم يكن الولى قد رده فلا تلحقه الإجازة (١) .

وقف العقد للفضالة :

الفضولى فى الفقه الإسلامى (٢) هو الذى يتصرف فى ملك الغير بدون إذن منه أو ولاية عليه . وإذا تعاقد مثل هذا الشخص فى ملك غيره ، دونما ولاية له على هذا المالك ، كان تعاقده موقوفا على إجازة من له هذه الولاية من مالك أو وكيل له أو ولى عليه ، وهذا هو مذهب الأحناف والمالكية . وإنما يشترط فى توقف تصرف الولى على إجازة صاحب الشأن أمران :

أولهما : ألا ينفذ التصرف على الفضولى نفسه . من ذلك أنه إذا اشترى شيئا لغيره ولم يعلن أنه يشتريه لغيره ، ولم يرض به هذا الغير كان الشراء له ويجبره البائع عليه .

والثانى : أن يكون لتصرف الفضولى مجيز وقت إنشائه ، وإلا وقع التصرف باطلا ولم تمكن إجازته. من ذلك أن الفضولى إذا باع مال القاصر بغبن فاحش أو وهبه لم يكن لهذا التصرف الضار بالقاصر مجيز وقت إنشائه ، فإن الولى لايملك إنشاء مثل هذا التصرف بنفسه فلا يملك إجازته. وكذا لو بلغ القاصر رشيدا وأراد إجازة هذا التصرف لم يستطع لأن البطلان لحقه وقت صدوره .

بطلان تصرفات الفضولى :

تصرف الفضولى باطل لايصح ولو أجازه صاحب الشأن فى مذهب

---

(١) بدائع الصنائع ٥ / ١٤٩ ومابعدها .

(٢) تعريف الفضولي في القانون غير ذلك ، إذ إنه في القانون هو من يقوم بحاجة عاجلة لرب المال تفضلا منه ، ويرجع عليه بما أنفق في ذلك .

الشافعية والحنابلة والظاهرية ، استدلالا بأنه يتصرف فى ملك غيره ، وهو باطل ، والباطل لاتلحقه الإجازة . ويردون استدلال الأحناف والمالكية بحديث عروة البارقى الذى " أعطاه النبى ﷺ دينارا ليشترى له به شاة فاشترى شايتين بالدينار ، وباع إحداهما بدينار ، وجاء للنبى ﷺ بدينار وشاه ، فقال له بارك الله فى بيعك " ولم ينكر عليه تصرفه ببيعه ما اشتراه دون إذن سابق .ويرد الشافعية والحنابلة هذا الاستدلال ، وأنه لادلالة فيه على صحة تصرف الفضولى ، بأن عروة كان وكيلا عن النبى ﷺ ، فكان تصرفه بمقتضى الوكالة لاعلى سبيل الفضالة .

وقد أخذ القانون المدنى المصرى والسورى والعراقى والأردنى بمذهب الأحناف والمالكية فى وقف تصرف الفضولى على إجازة صاحب الشأن .

إجازة تصرف الفضولى وفسخه :

يترتب على إجازة المتفضل عليه أو وليه لتصرف الفضولى أمران :

أولهما : ترتيب الآثار الشرعية للتصرف مستندا إلى وقت صدوره دون إضرار بالغير ومقتضى ذلك رجوع ملكية الزوائد والغلات فيما بين صدور التصرف وصدور الإجازة إلى المتفضل عليه .

والثانى : جعل الفضولى وكيلا عن المتفضل عليه فى رجوع حقوق العقد إليه ، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . ومقتضى ذلك أنّ على الفضولى أن يطالب باستيفاء الثمن والأجرة وتصرف الفضولى غير لازم كذلك ، ويرد عليه الفسخ . ويثبت حق الفسخ للمتفضل عليه وللفضولى نفسه وللطرف الآخر فى العقد .

فلو باع محمد منزل بكر إلى خالد ، كان للفضولى "محمد" أن يرجع عن العقد قبل أن تلحقه الإجازة ، حتى لايلزمه المطالبة بالثمن التى تعد من حقوق العقد قبل أن تلحقه الإجازة . ولصاحب المنزل "بكر" المتفضل عليه أن يفسخ

هذا العقد وذلك ، حتى لايباع عليه مالايرضى به ويلتزم بأحكام لايريد الالتزام بها .ويثبت حق الفسخ كذلك للمشترى "خالد" طالما لم تصدر الإجازة لصاحب الشأن .[1]

ولا يثبت المالكية حق الفسخ للعاقدين : الفضولى "محمد" والمشترى "خالد" لصدور الإيجاب والقبول منهما على وجه الرضا بهما فيلزمهما ، وإنما يثبت حق الفسخ للمتفضل عليه "بكر" الذى لم يسبق له الرضا بالعقد والالتزام به[2] .

ويتفق رأى المالكية فى هذا مع رأيهم فى لزوم العدات عموما .

وينتهى عقد الفضولى برده ممن يثبت له حق الرد على الخلاف السابق ، ويصير إلى البطلان فلا تلحقه الإجازة بعد ذلك .

وقد جاء فى المادة (١٧٥) من القانون المدنى الأردنى إجمال ذلك . ونص هذه المادة :

" ١-إذا أجيز التصرف الموقوف نفذ مستندا إلى وقت صدوره واعتبرت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

" ٢ – وإذا رفضت الإجازة بطل التصرف .

العقد الموقوف لتعلق حق الغير :

إذا ملك العاقد محل العقد وهو أهل للتصرف فيه ، أو كانت له ولاية عليه فإن العقد ينعقد صحيحاً نافذاً ، إلا إذا تعلق حق الغير بهذا المحل كالمرتهن والدائن

(١) البدائع : ٥ / ١٥١ وفتح القدير ٥ / ٢١٢ وتبيين الحقائق ٤ / ١٠٦ والبحر الرائق ٦ / ١٥١ ومابعدها والفتاوي الهندية ٣ / ١١١ وانظر الفضالة في دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية للأستاذ الدكتور عبد المجيد مطلوب ص ١٠٩ ومابعدها .

(٢) حاشية الدسوقي ٣ / ١٥

فإنه يحكم بوقف العقد كذلك رعاية لحق هذا الغير.ويلتحق به تصرف المريض مرض الموت فيما زاد على الثلث من التركة، فيوقف على إذن الورثة

بيع المرهون :

المرهون يتعلق به حق المرتهن ، لأنه وثيقة للوفاء بدينه . فإذا تصرف فيه الراهن بالبيع غير المرتهن انعقد البيع صحيحا موقوفا على إجازة المرتهن فإن أجازه جاز وإن رده بطل . وثبت حق الرد أو الفسخ لمشترى العين المرهونة إن لم يعلم بالرهن عند إقدامه إلى الشراء ، لأنه عيب فى المبيع .

بيع المأجور :

بيع المالك العين المستأجرة بيع تعلق به حق المستأجر كذلك ، فينعقد صحيحا موقوفا على إذن المستأجر رعاية لحقه .(١) والأرجح ألا يتوقف حق المؤجر في بيع المأجور علي رضا المستأجر لأن حقه في المنفعة مدة إجارته لايتعارض مع حق المؤجر في نقل ملكية المأجور إلي المشتري تصرفات المريض مرض الموت :

لاحق للمريض مرض الموت فى التصرف الضار بورثته . ويحمل تبرعه على الوصية ، فلاينفذ لغير الوارث فيما زاد عن ثلث أمواله أو للوارث مطلقا إلا بإجازة الورثة . أما معاوضاته كبيعه وشرائه ، فإن كانت بثمن المثل نفذت دون توقف علي إذن أحد ، وأما إن كانت بثمن يقل عن ثمن المثل فإنه يكون محابيا ومتبرعا، ولا تنفذ محاباته وتبرعاته إلا في حدود ثلث أمواله ، فإن زادت عن هذا القدر كان لورثته حق الرد أو الإجازة .

بيع المكره : رجحت كثير من القوانين العربية اعتبار تصرف المكره بالبيع والشراء والمعاوضات المالية تصرفا موقوفا ، مرجحة بذلك مذهب زفر من

---

(١) حاشية ابن عابدين ٤ / ٢١٣ والفتاوي الهندية ٣ / ١١٠ والمواد ٣٦٨ و ٣٧٨ من المجلة العدلية و ٣١٠ و ٤٢٨ من مرشد الحيران .

الأحناف (١) .

شروط إجازة العقد الموقوف وكيفيتها ووقتها : يشترط لصحة إجازة العقد الموقوف الشروط التالية (٢) :

١- وجود أطراف التصرف الموقوف ، وهم العاقدان ومن وقف العقد لمصلحته كالمكره والمرتهن وقت صدور الإجازة . ولذا لو مات أحدهم قبل الإجازة من صاحب الشأن لم تصح ، ولا يقوم الورثه مقام الميت منهم .

٢- قيام محل التصرف عند الإجازة ، فلو هلك المعقود عليه قبلها لم تصح.

٣- قيام العوض لو كان عينا ، كما في حالة المقايضة .

٤ -وجود مجيز للتصرف وقت صدوره ووقت الإجازة كما تقدم . وقد اجملت المادة ١٧٤ من القانون المدنى الأردنى هذه الشروط . ولفظها: "يشترط لصحة الإجازة قبول التصرف للإجازة وقت صدوره ووقت الإجازة ووجود من له الإجازة وطرفى العقد والمتصرف فيه وبدله إن كان عينا وقت الإجازة أما كيفية الإجازة فقد تكون بالفعل بأن يسلم الولى أو المالك أو المرتهن أو المكره بعد زوال الإكراه العين المبيعة للمشترى. وقد تكون الإجازة بالقول بأى لفظ يدل على الموافقة والرضا ، سواء كان ذلك على وجه التصريح أو الدلالة . ومن التصريح أن يقول قبلت أو أجزت أو وافقت . ومن الدلالة أن يتفق مع الراهن على إحلال عين أخرى محل الرهن للتوثيق بالدين .

أما إذا سكت من له حق الإجازة فلا يعد سكوته ردا ولا إجازة ،بناء على أنه لاينسب لساكت قول ،ويظل العقد موقوفا فى تكييف الدكتور السنهورى

---

(١) مصادر الحق للسنهوري ٤ / ١٩١ ومابعدها .

(٢) فتح القدير ٥ . ٣١٢ ومابعدها وبدائع الصنائع ٥ / ١٤٩ ومابعدها .

لمذهب الأحناف (١) .غير أن المذهب المالكى فيه النص علي أن الفضولي إذا باع بحضرة المالك وسكت هذا المالك اعتبر سكوته موافقة . ولو باع بغير حضور المالك ثم بلغه كان سكوته إجازة كذلك .

أما وقت الإجازة فلم يوقت فيه أحد من الفقهاء حدا معينا ، وهو مايعيبه الدكتور السنهوري علي نظرية البطلان في الفقه معتقدا ان السكوت عن تحديد وقت معين للإجازة من شأنه ان يؤدي إلي عدم استقرار التعامل . ويسجل العلامة السنهوري للقانون المدني العراقي استكماله لمسيرة تطوير نظرية البطلان الفقهية بنصه طبقا لما جاء في المادة ١٣٦ / ٢ علي أنه « يجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر . فإذا لم يصدر في هذه المدة مايدل علي الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذا » . وتحتسب مدة الأشهر الثلاثة طبقا لما جاء في المادة ذاتها (فقرة ٣) من وقت العلم بالتصرف ، أو من وقت زوال سبب الوقف (بالبلوغ في الصغر وزوال الإكراه) مع العلم أيضا .

وعلي الرغم من عدم نص الفقهاء علي وقت معين يتعين ممارسة حق الرد أو الإجازة فيه فإن هذا لايستتبع استمرارالحق في فسخ العقد الموقوف أو إجازته في التقدير الفقهي ، أو إغفال الفقهاء لما يوجبه استقرار التعامل من تحديد وقت معين لممارسة حق الإجازة أوالرد . ويحسن تلمس هذا التحديد عندهم في بيانهم لكيفية التعبير عن الإجازة أو الرد . ذلك أنه لاإشكال لدي من يعبر صراحة أو دلالة علي موقفه بالرد أو الإجازة عند علمه بالعقد الموقوف . وينحصر الإشكال لهذا في الساكت الذي حدد الفقهاء منهج تفسير إرادته بالرجوع إلي العرف طبقا لما ذكروه من أن السكوت في معرض الحاجة بيان . ويصل الأمر بهذا إلي أن لصاحب المصلحة في إنهاء وقف العقد والاستقرار فيه علي أمر أن يطلب من الساكت توضيح موقفه أو يتبين ذلك من السياق . وألفت النظر إلي أن هذا هو ما

---

(١) مصادر الحق ٤ / ٣٠٦ ومابعدها .

إتجه إليه القانون المدني في المادة ١٧٣ (١) لضمان استقرار التعامل بترك الأمر للقاضي في استنتاج رضا الساكت أو رفضه من الظروف والملابسات المحيطة .
وهو أوفق في رأيي من تعمد التقدير بمدة معينة في كل الأحوال .

ثانيا العقد الغير اللازم

تقديم :

ينقسم العقد الصحيح كما تقدم إلي قسمين :

أولهما : العقد اللازم الذي لاحق لأحد العاقدين في فسخه دون موافقة الطرف الآخر ورضاه ، وذلك كعقد البيع والزواج والإجارة والقسمة والصلح .

والثاني : العقد الغير اللازم ، وهو العقد الذي لا يلزم أحد المتعاقدين أو كليهما إما :

١- لأنه عقد جائز بطبيعة أحكامه التي رتبها الشارع عليه وذلك كعقد الشركة والوكالة والمضاربة والوديعة .

٢- أو لورود الخيار للعاقدين أو لأحدهما بفسخه ، سواء باتفاقهما علي هذا الخيار (خيار الشرط) أو بإثبات الشارع له ، كما في خيار الرؤية والعيب والتدليس وخيار الغلط وخيار الوصف وخيار التعين .

وفيما يلي تعريف موجز ببعض أنواع هذه الخيارات

---

(١) نص هذه المادة : « ان تكون الإجازة بالفعل أو بالقول او باي لفظ يدل عليها صراحة أو دلالة .

١ ـ خيار الشرط

معناه :

هو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق في فسخ العقد أو إمضائه خلال مدة معلومة ، كيوم أو يومين مثال ذلك آن يتفق محمد علي بيع منزله لعلي نظير مائة ألف شريطة أن يكون له خيار يومين .ويترتب علي إشتراط الخيار من أحد الطرفين أن يكون العقد لازماً على من لم يشترطه وجائزا في حق من إشترطه مدة الخيار . والأصل فيه ما روي أن رجلا من أصحاب النبي صلي الله عليه وسلم ، هو حبان بن منقذ ، كان يخدع في البيوع ، فقال له النبيﷺ : « إذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام (١) » .

والفوائد العملية لخيار الشرط كثيرة ، من بينها احتياط العاقد لنفسه بالتروي والتمهل قبل لزوم العقد . وقد يحتاج المتعاقد لدراسة ظروفه وقدرته علي الوفاء بأحكام العقد بعد إلزام الطرف الآخر نفسه بهذه الاحكام فشرع اشتراط الخيار لهذا . ويطلق عليه بعض الفقهاء خيار التروي لهذه الفوائد . ويحقق اشتراط الخيار دفع الغبن عن العاقد كذلك ، فيما يفيده الحديث السابق الذكر .

ويذكر فقهاء الأحناف أن خيار الشرط شرع علي خلاف القياس ، إذ يقتضي القياس أن المعاوضات لا تحتمل التعليق علي الشرط ، وخيار الشرط من شأنه أن يعلق العقد . وإنما ثبت علي خلاف القياس بحديث رسول اللهﷺلحبان بن منقذ ، وللحاجات العملية التي ألجأت إليه . وإنما يسلم بالفوائد العملية لخيار الشرط وبثبوته بحديث النبيﷺ، لكن لا يسلم بأنه علي خلاف القياس أو علي سبيل الاستثناء من الأصول. إذ الثابت أن أحكام العقود المالية تقبل الوقف والتعليق علي الإجازة وعلي إزالة الشرط الفاسد ، وليس خيار الشرط هو السبب الوحيد لوقف أحكام العقود المالية فدل علي أنه أصل هو الآخر وأنه لم يشرع علي

(١) نيل الأوطار للشوكاني ٥ / ٢٨٩ .

سبيل الاستثناء ، حتي لا يقاس عليه .

وقد أنكر الظاهرية والثوري (1) وابن أبي شبرمة خيار الشرط ، لأن الأصل في العقود هو اللزوم ولم يرد في النصوص ما يدل علي جواز اشتراط الخيار .وردوا حديث حبان بن منقذ بأنه ليس صحيحا أو أنه خاص به .

وقت اشتراط الخيار ومدته :

يجوز اشتراط الخيار في العقدذاته ، كأن يقول اشتريت منك كذا علي أني بالخيار ثلاثة أيام ووافق الآخر . ويصح كذلك الاتفاق عليه بعد العقد ولو بأيام ، كأن يأتي أحد العاقدين بعد البيع بأسبوع أو أكثر فيبدي تردده في العقد ، ويوافق الطرف الآخر علي جعله بالخيار فترة معينة ، فيصح مثل هذا الاتفاق ويكون لمن اشترطه الخيار كما لو كان قد شرطه في العقد .

ولا خلاف بين الفقهاء علي جواز اشتراط الخيار ثلاثة- أيام فأقل لقوله صلي الله عليه وسلم لحبان بن منقذ : إذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام . أما ما زاد علي ثلاثة أيام فلا يجوز عند أبي حنيفة وزفر والشافعية (2) ، بناء علي أن ثبوت خيار الشرط لم يكن علي وفق القياس فلا يزاد علي ما ثبت بالنص . ولأن الحاجة إليه تتحقق في هذه المدة ويفسد العقد عند أبي حنيفة وزفر ، ويعود صحيحا إذا زال سبب الفساد ورجعا إلي المدة المحددة أد اجازه أثناءها . أما عند الشافعية فلا ينقلب صحيحا باشتراط الخيار فوق ثلاثة أيام ، لأنه يكون باطلا ، والباطل كالمعدوم لا تلحقه الإجازة .

ومذهب الحنابلة وأبي يوسف ومحمد بن الحسن أن للعاقدين اشتراط مدة الخيار إلي أي وقت يتفقان عليه ، شريطة أن يكون الوقت المتفق عليه معلوما . وهذا هو ما ترجح في المادة (30) من المجلة العدلية، ولفظها : « يجوز أن يشرط

---

(1) بداية المجتهد 2 / 172 والمحلي 9 / 328 وما بعدها .

(2) بدائع الصنائع 5 / 174 وحاشية ابن عابدين 4 / 49 والمهذب 1 / 259 والمغني 3/ 589 .

بفسخ البيع أو إجازته مدة معلومة لكل من البائع والمشتري أو لأحدهما دون الآخر » . ولكن لو كانت مدة الخيار غير معلومة فإن البيع يفسد ، ومقتضاه أن يصير إلي الصحة إذا عينها العاقدان قبل انقضاء المجلس ، لزوال المفسد قبل تقرره . ولا يشترط في مذهب الإمام مالك تعيين مدة الخيار أو تقييده بمدة معينة(١)، ويجوز عندهم الخيار المطلق عن تحديد المدة ، ويرجع إلي القاضي عند التنازع ، فيحدد مدة الخيار بالرجوع إلي العرف والعادة ، إذ العرف فيه تقدير معين لمدة الخيار تختلف باختلاف ظروف السلعة والتعاقد ، فمدة الخيار في شراء فاكهة غير المدة المقدرة للخيار في شراء منزل فيرجع إلي العرف في هذا التقدير . والأمر في القانون المدني الأردني طبقا لما جاء في المادة ١٧٧ بصحة خيار الشرط لأي مدة يتفق عليها الطرفان ويعينانها ، أخذا بمذهب الحنابلة وأبي يوسف ومحمد . أما إذا لم يتفق الطرفان علي مدة الخيار وأطلقاها عن التوقيت فيجوز هذا الخيار في هذا القانون كذلك ، ويرجع فيه إلي العرف والعادة أخذا بمذهب المالكية في هذا الجانب .

عقود اشتراط الخيار :

لا يجوز اشتراط الخيار في العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ ولو بتراضي الطرفين كالنكاح والخلع لأن أحكامهما لا تقبل التعليق أو الفسخ بتراضي الطرفين

كذا لا يصح اشتراط الخيار في العقود الغير اللازمة كالهبة والوصية والوكالة والإعارة لعدم الفائدة حيث يجوز الرجوع في هذه العقود، لأنها غير لازمة . ولا يصح اشتراط الخيار كذلك في عقدي السلم والصرف . لمناقضة اشتراطه لمقتضي هذين العقدين ، فمقتضي عقد السلم قبض الثمن في مجلس العقد ، كما يشترط في الصرف قبض البدلين في المجلس أيضا ، ويقتضي اشتراط الخيار تأجيل التقابض فلم يجز لهذا .

---

(١) بداية المجتهد ٢ / ٢٠٧ وحاشية الدسوقي ٣ / ٩١ والقوانين الفقهية ٢٧٣ .

من يثبت له الخيار :

يجوز اشتراط الخيار لأحد العاقدين أو لكليهما ، ولكل منهما الحق في الرجوع عن العقد مدة الخيار المتفق عليها . ويجز الاتفاق كذلك علي أن يكون الخيار لشخص أجنبي عنهما . كما يجز أن يكون الخيار لأحد العاقدين ولطرف ثالث معه ، بحيث إذا رده أحدهما انتقض وإذا أجازه أحدهما جاز . أما إذا رده أحدهما وأجازه الآخر فإن العبرة برأي السابق منهما [1] .

آثار خيار الشرط آثار عديدة منها :

١- عدم لزوم العقد بالنسبة لمن له الخيار أثناء المدة المتفق عليها ، وله الحق في فسخ العقد أو إمضائه في هذه الأثناء . أما إذا مضت المدة ولم يمارس حقه في فسخ العقد فإنه يلزمه .

٢- يصح فسخ العقد أثناء المدة المتفق عليها بالنسبة لمن له الخيار ، بالقول الدال علي الرغبة في فسخ العقد أو بالفعل المعبر عن ذلك ، شريطة إعلام الطرف الآخر به منعا للضرر؛ فقد يركن إليه ولا يبحث عن مشترآخر لسلعته اعتمادا علي أنه قد رضي بالعقد ، فيتعين إعلامه بالفسخ . واشتراط العلم في الفسخ لإمضائه مذهب أبي حنيفة ومحمد . أما الشافعي وأبو يوسف فلا يشترطانه .

٣- لا يخرج البدل من ملك صاحبه المشترط للخيار . ولو اشترط الطرفان الخيار في عقد من عقود المعاوضات المالية لم يخرج البدلان من ملك صاحبهما . أما إذا اشترط أحدهما الخيار فلا يخرج ماله المعقود عليه عن ملكه ، ولكن لا يدخل مال الآخر في ملكه كذلك . توضيحه أن محمدا إذا باع منزلا بمائة ألف لعلي ، واشترط كل منهما الخيار لنفسه شهرا فإن الثمن والمنزل يظل كل منهما علي ملك صاحبه . أما إذا كان عليٌ هو الذي اشترط الخيار وحده فإن

---

(١) فتح القدير ٥ / ١٢٦ .

الثمن يظل علي ملك صاحبه المشترط للخيار ، ويخرج المنزل عن ملك صاحبه مدة الخيار ، حتي لا يستطيع التصرف فيه هذه المدة ،لكن لا يدخل في ملك عليّ ، حتي لا يجتمع البدلان في ملكه . وهذا هو رأي أبي حنيفة والمختار في المادة ١٧٨ من القانون المدني الأردني[١].

٤- يتحول العقد إلي اللزوم بمضي مدة الخيار المتفق عليها أو بالتعبير عن الرغبة في إجازته قبل مضي هذه المدة . وتكون الإجازة بالفعل أو القول الدال عليها صراحة أو دلالة ، كالتسليم والإقباض والدخول في الإجراءات . ولا يشترط في الإجازة علم من لم يشترط الخيار للزوم العقد في حقه من قبل وعدم حدوث ما يغير هذا اللزوم بالإجازة .

٥- يسقط الخيار بموت من اشترطه خلال المدة المتفق عليها . ولا ينتقل هذا الحق إلي ورثته من بعده ، لأنه مشيئةوإرادة تتعلق بشخص المتوفي فلا ينتقل إلي الورثة .

وهذا هو مذهب الأحناف والحنابلة وما أخذ به القانون المدني الأردني في مادته ١٨٣ . أما مذهب الشافعية والمالكية فيقضي بأن خيار الشرط لا ينتهي بموت من اشترطه وينتقل إلي ورثته ، لتعلق هذا الخيار بالأموال ، وهي محل للميراث .

٢- خيار التعيين

تعريفه وحكمه :

هو الحق في تعيين محل العقد من بين شيئين أو ثلاثة أشياء من القيميات بالثمن

(١) البدائع ٥ / ٢٦٤ وفتح القدير ٥ / ١١٥ . ونص هذه المادة : « إذا شرط الخيار لكل من العاقدين في عقود المعاوضات المالية فلا يخرج البدلان عن ملكهما ، فإن جعل لأحدهما فلا يخرج ماله عن ملكه ، ولا يدخل مال الآخر في ملكه » .

الذي جري الاتفاق علي تعيينه لكل منها علي حدة . ولا يصح في المثليات التي لا تفاوت بينها لعدم التنوع . وأكثر ما يجري هذا الخيار في الشراء . حيث يحدث أحيانا أن يكون المبيع أحد أشياء معينة ، يختاره المشتري من بينها بعد أخذ رأي أحد أو استشارته . وإنما يشترط الاتزيد الأشياء التي في محل الاختيار عن ثلاثة لأن الحاجة تندفع بذلك ، فإن الثلاثة تشمل الجيد والمتوسط والردئ . ويغلب أن تكون حاجة المشتري إلي خيار التعيين إذا كان بحاجة إلي المقارنة بين أصناف السلعةلتحديد مراده ، أو كان في حاجة إلي استشارة من حوله في الصنف المناسب أو إلي العرض علي خبير أو لمزيد التروي والنظر .

وقد اختلف الفقهاء في حكمه ، فمنعه الشافعية[1] وزفر من الأحناف لجهالة المبيع الذي يشترط تعيينه ومعلوميته . وأجازه أبو حنيفة وصاحباه استحسانا لحاجة الناس إليه ، ويقوم تعيين المحل بتحديده في أحد الشيئين أو الأشياء الثلاثة المعروضة ، وإذا فات تعيين المحل بذاته وقت العقد فإنه قابل للتعيين عند التسليم ، دون جهالة ولا منازعة لأن علي المشتري أن يأخذ واحدا من الشيئين أو الأشياء الثلاثة المتفق علي أثمانها.

ويشترط لصحة خيار التعيين الشروط التالية (٢):

١- رجوع الخيار إلي ثلاثة أشياء لا أكثر ، خشية الوقوع في عدم تعيين المحل ولأن الحاجة تندفع بالثلاثة كما تقدم .

٢- أن تكون الأشياء محل الاختيار متفاوتة فيما بينها ، سواء في القيمة أو في الوصف ، لأنه لا يجري الاختيار بين ما لا تفاوت فيه .

---

(١) المهذب ١ / ١٦٣

(٢) المبسوط ١٣ / ٥٧ وما بعدها والبدائع ٥ / ١٥٧ وما بعدها وفتح القدير ٥ / ١٣١ وتبيين الحقائق ٤/ ٢١ .

٣– تحديد بدل كل شيء من الأشياء المعروضة للاختيار حتي يصح العقد ، لأن جهالة البدل تفسده .

٤– أن تكون مدة الخيار معلومة لا تزيد عن ثلاثة أيام عند أبي حنيفة قد تزيد عن ذلك عند الصاحبين ، طبقا للخلاف المعروف بينهما في مدة خيار الشرط .

٥– أن يكون الخيار للمتملك ، وهو المشتري ، لا للمملك وهو البائع ، في عقد البيع ، لأن المبيع كان في يده قبل العقد ، وكان يسعه أن يفكر ويستشير . وخالف في هذا بعض الفقهاء وقالوا بجوازه لأي من الطرفين ، لأنه اتفاق علي مالا يعارض أصلا شرعيا فيجوز .

آثار خيار التعيين :

١– خيار التعيين يوجب لزوم العقد وتثبت به ملكية أحد الأشياء المعروضة للاختيار لا علي وجه التعيين . ويستطيع المشتري أخذ أي من هذه الأشياء ، لكن لا حق له في الرجوع عن العقد نفسه ، ويجبر علي الاختيار من بينها .

٢– ينفذ الخيار فيما تم فيه ويلزم مستندا إلي وقت نشوء العقد .

٣– ينتقل الحق في الاختيار بوفاة صاحبه إلي ورثته ، لأن العقد لازم لا علي التعيين ، فوجب قيام الورثة به . ويختلف التعيين في هذا عن خيار الشرط الذي يترجح القول بعدم انتقاله إلي الورثة .

٤– يجري التعيين بالقول أو بالفعل الدال عليه ، كالتصرف تصرف الملاك في أحد الأشياء المعينة للاختيار من بينها .

مسقطات خيار التعيين :

يسقط خيار التعيين بواحد مما يلي :

١- بتعيين من ثبت له الخيار واحدا من الأشياء التي وقع العقد عليها. وينتهي حقه بهذا ويلزم العقد فيما عينه ، فلا يستطيع الرجوع فيه بعد ذلك واختيار غيره .

٢- هلاك أحد الأشياء المعينة للاختيار في يد البائع قبل إقباضه المشتري . ويسقط حق المشتري في خيار التعيين ويثبت له الخيار بين إمضاء العقد أو فسخه . وأما إذا كان هلاك أحد هذه الأشياء بعد قبض المشتري لها فإن الهالك يتعين محلا للعقد ويرد ما في يده إلي البائع .

٣ . خيار الرؤية

تقديم :

لا يشترط لصحة البيع والشراء والاستئجار والقسمة رؤية محل العقد ، حيث لا يشترط في المحل إلا ان يكون معينا أو قابلا للتعيين . ولذلك يلزم في التعاقد عند عدم رؤية المحل أن يكون المعقود عليه شيئا مسمي موصوفا أو مشارا إليه وهو حاضر مستور ،كبيع شئ في غلافه أو في وعائه ، ولا يصح بيع مالم يعلم بوصفه ولا بالإشارة إليه ، كما لو باع شيئا في جيبه ، وذلك لجهالة المبيع . ولكن يصح أن يبيعه الساعة التي في جيبه أو سيارته البيضاء إن كانت له سيارتان إحداهما كذلك ، لأنها متعينة بهذا الوصف وهو الشرط .

ولا يستلزم التعيين العلم ، فقد يكون المحل معينا كهذه الساعة التي في جيبي ولكنها غير معلومة لك . ويتحقق العلم بالرؤية للشئ الحاضر وبالوصف الذي تنقطع به الجهالة للشئ الغائب . ولا يتعلق خيار الرؤية بالمعقود عليه إذا كان مما يجري تعيينه بالوصف وجاء علي وفاقه . أما إذا خالف المعقود عليه الوصف المتفق عليه فإن الخيار الثابت للمتضرر إنما هو خيار الخلف في الوصف لا خيار الرؤية .

والاتفاق بين العلماء علي أنه لا يثبت خيار الرؤية في السلم ، لأن المسلم فيه من المثليات التي تتعين بالوصف ، ويشبهه كل ما يتعين بوصفه مما لا محل فيه لخيار الرؤية ، ولا يثبت حق الفسخ إلا إن جاء المعقود عليه علي خلاف الوصف .

معني خيار الرؤية وحكمه :

خيار الرؤية هو الحق في إمضاء العقد أو فسخه عند رؤية المعقود عليه الذي لم يره عند إنشاء العقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه عادة .

وقد اختلف العلماء في حكمه فمذهب الشافعية (١) وبعض الفقهاء أن العقد علي مالم يره المتعاقدان مما يتعين بالذات باطل . ولا مجال لثبوت خيار الرؤية في الأعيان المعقود عليها بذاتها طبقا لهذا الرأي . وقد سبق الفرق بين ما يتعين بالذات وبين ما يتعين بالوصف .

ويثبت الأحناف والمالكية خيار الرؤية للمتملك كالمشتري في البيع . وكالمستأجر في الإجارة . والأصل فيه قوله صلي الله عليه وسلم « من اشتري مالم يره فله الخيار إذا رآه ». ومن جهة المعقول فإن العلم النافي للجهالة لا يتحقق في كثير من الأحوال بمجرد الوصف وإنما بالرؤية التي تفيد علما أشمل وأدق يتوقف عليه الرضا بالعقد (٢)

وإنما يثبت خيار الرؤية بالشرع لا باتفاق الطرفين عليه ، بخلاف خيار الشرط الذي يثبت بالتراضي والاتفاق . ولذا لو اشتري عينا معينة بذاتها، ولم يكن رآها من قبل ثم رآها فله الخيار في فسخ العقد أو إمضائه وإن لم يكن قد اشترط ذلك عند العقد .

---

(١) المهذب ١ / ٣٥٠ .

(٢) فتح القدير ٥ / ١٤٠ ومواهب الجليل ٤ / ٢٦٣ .

شروط ثبوت خيار الرؤية :

يثبت خيار الرؤية للمتملك علي ما تقدم بالشروط التالية :

١- أن يكون العقد مما يقبل الفسخ برد البدل فيه كالبيع وإجارة الأعيان وقسمة غير المثليات والصلح علي مال معين بالذات ، كحيوانات وسيارات مستعملة وأشياء لا تتماثل آحادها . أما مالا يقبل الفسخ برد المال فيه كالزواج فلا يثبت خيار الرؤية في المهر إذا رأته الزوجة أوْ لا .

٢- أن يكون متملكا لا مالكا ، والمتملك هو الذي تنتقل إليه الملكية، لا الذي تنتقل عنه . وإنما يثبت خيار الرؤية بهذا للمشتري لا للبائع وللمستاجر لا للمؤجر . فمن باع شيئا لم يره ثم رآه عند إقباضه إلي المشتري لم يكن له خيار الرؤية .

٣- الا يكون من يثبت له الخيار قد سبق إلي رؤية المعقود عليه سواء وقت العقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه عادة . أما إذا كان قد رآه قبل العقد بوقت يسير أو وقت العقد فلا حق له في خيار الرؤية بعد ذلك.

٤- أن يكون المعقود عليه مما يتعين بالتعيين ولايثبت دينا في الذمة[١] كبيت وحصان ومنزل وكرسي [٢] . وعلي سبيل التوضيح فإن من يشتري حصانا لم يره ثم رآه كان له خيار الرؤية . أما إذا كان اشتري شيئا آخر لا يتعين بالتعيين كعشرين طنا من القمح البلدي المتوسط النقاء ، ثم رأي المشتري ماأراد البائع تسليمه إليه ، فلا حق له في فسخ العقد ، وإنما يحق له أن يرفض تسلمه ويطالب البائع بتسليم المتفق عليه ، فإذا عاد إلي مخالفة الوصف عاد إلي الرد حتي يجبره علي الموافقة . أما إذا كان المبيع عينا كفرس ، ولا يرضي بها المشتري فإن ردها إلي المشتري لا يفيد سوي فسخ العقد ، لأن استبدال المبيع بمثله غير ممكن نظرا

---

(١) المادة : ٣٣٩ من مرشد الحيران .

(٢) المادة : ١٥٩ عدلية .

لتفاوت آحاده واختلاف قيمها اختلافا بينا . (١)

ثبوت الرؤية ومعناها :

المقصود بالرؤية طبقا لما جاء في المادة ٣٢٣ من المجلة العدلية الوقوف علي الحال والمحل الذي يعرف به المقصود؛ ففي القماش المتساوي ظاهره وباطنه تكفي رؤية أحد الوجهين ، والشاة المأخوذة للحم يجب جس ظهرها ، والرؤية في المأكولات والمشروبات بذوقها أو بمعرفة خصائصها وما تتألف منه . وتكفي رؤية الأنموذج (العينة) في الأشياء المتقاربة من المكيلات كالقمح والشعير والموزونات كالفاكهة والعدديات كالبيض . والرؤية في شراء الدور بالدخول إلي غرفها المختلفة إلا إن كانت مصنوعة علي نسق متشابه فتكفي رؤية بعضها . لكن لو اشتري أشياء متفاوتة فيما بينها ورأي بعضها كان له الخيار عند رؤية باقيها . ورؤية الأعمي بتلمس ما يعرف باللمس وشم ما يعرف بالشم وذوق ما يعرف بالذوق . وتغني رؤية الوكيل عن رؤية الأصيل طبقا لما جاء في المادة ٣٣٣ من المجلة العدلية .

ومفاد هذا كله أن الرؤية المقصودة ليست الإبصار وإنما تعني العلم بمحل العقد علي الوجه الذي يناسب حصوله .

أحكام خيار الرؤية :

إذا ثبت خيار الرؤية ترتبت عليه الأحكام التالية :

١- خيار الرؤية لا يمنع نفاذ العقد وترتب آثاره عليه وإنما يمنع لزومه بالنسبة لمن ثبت له حق الخيار . ولذا فإن ملك المبيع الذي لم يره المشتري ينتقل إليه ، ويجب عليه الوفاء بالثمن (٢) ويثبت الحق في الشفعة.

---

(١) البدائع ٥ / ٢٩٢ .

(٢) بدائع الصنائع ٥ / ٢٩٢ وفتح القدير ٥ / ١٣٧

٢- يترتب علي خيار الرؤية حق المتملك (المشتري - المستأجر) في فسخ العقد أو إمضائه عند رؤية المحل لا قبلها . ولذا لو أجاز المشتري البيع قبل رؤية المبيع ثم رآه كان له أن يرده . ومقتضي هذا التحديد أنه لا حق للمتملك في فسخ البيع قبل رؤية المبيع ، بناء علي أن الخيار هو خيار الرؤية لا خيار عدم الرؤية . ولكن الراجح من رأي العلماء أنه يجوز فسخ العقد قبل الرؤية لكونه غير لازم ، ولأن ملك الفسخ كما يقول الكاساني « لم يثبت حكما للخيار وإنما يثبت حكمه لعدم لزوم العقد » . [١]

٣- يتقيد خيار الرؤية عند بعض العلماء بالوقت الكافي لتمكين من ثبت له هذا الخيار من المطالبة بالفسخ ، حرصا علي استقرار التعامل ومنعا للإضرار بالطرف الآخر إذا ترك الحق في الخيار دون تحديد . ومع ذلك ذهب عدد من علماء المذهب الي أن الخيار لا يتقيد بهذا الوقت ويبقي إلي أن يوجد سبب من الأسباب التي تسقطه . [٢]

٤- الفسخ بخيارالرؤية كما هو في خيار الشرط والتعيين لا يتوقف علي رضاء الطرف الآخر ولا علي حكم قضائي . ويكون الفسخ بمجرد تعبير المتملك بالفعل أو القول عن قصده إليه . ومنه أن يقول المشتري رددت هذا البيع أو فسخته ، سواء كان هذا قبل الرؤية أو بعدها علي ما تقدم . ويشترط في الفسخ علم الطرف الآخر عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف.[٣]

٥- الإجازة قد تكون صراحة أو دلالة كذلك ، ولا يشترط علم الطرف الآخر . ومن الإجازة علي سبيل الدلالة أن يتصرف في المعقود عليه تصرفا يدل علي الرضا به ، كاستعماله بعد رؤيته والتغيير فيه وما إلي ذلك .

---

(٢) البدائع ٥ / ٢٩٥ .

(٣) فتح القدير ٥ / ١٤١ .

(٣) السابق ٥ / ١٤٠ .

مسقطات خيار الرؤية :

يسقط خيار الرؤية لسبب من الأسباب التالية :

١- التصرف في المحل تصرفا يوجب حقا لازما للغير كالتصرف بالهبة أو بالبيع أو الرهن أو الإجارة ويلزم العقد بأي من هذه التصرفات ، سواء حدث قبل رؤية المعقود عليه أو بعدها . وفي المادة ٣٣٥ من المجلة العدلية ضبط هذا السبب، ونصها : « تصرف المشتري في المبيع تصرف الملاك يسقط خيار رؤيته » .

٢- تعيب المحل في يد متملكه ، (كالمشتري ، والمستأجر) ، لأنه لا يلزم البائع أن يأخذ المبيع معيبا وقد سلمه غير معيب . ولا فرق بين ان يكون العيب حدث بفعل المشتري أو بفعل أجنبي أو بسبب لادخل لأحد فيه .

٣- موت من له الخيار ، لأن خيار الرؤية لا يورث . ويستوي أن تكون وفاته قبل الرؤية أو بعدها .

٤- صدور ما يدل علي رضا من ثبت له الخيار بالعقد وإجازته له بعد رؤية المحل ، سواء جري التعبير عن هذا الرضا صراحة أو دلالة . ولا يشترط لإسقاط الخيار بهذا إلا أن يحدث هذا الرضا بعد الرؤية لا قبلها . ومما يدل علي رضاه بالمحل بعد رؤيته طلبه الشفعة بسبب من جهة هذا المحل .، ومنه كذلك انتفاعه به أو استعماله أو استهلاك بعضه .

٤ ـ خيـــار العيب

تقديم : خيار العيب أوخيار النقيصة في اصطلاح المذهب المالكي خيارثابت بالشرع لا بالشرط والاتفاق ، ومعناه الحق في فسخ العقد أو إمضائه إذا وجد عيب في أحد البدلين .وعلي الرغم من التسليم بثبوت خيار العيب من جهة الشرع فإن الكاساني يشير إلي ثبوته كذلك بشرط المتعاقدين دلالة لأن سلامة

محل العقد مطلوبة للعاقدوإن لم يصرح بها ، لأنه لا يتمكن من الانتفاع بهذا المحل إلا بتحقق هذه الصفة (السلامة من العيوب) فصار كأنه اشترطها دلالة(١).
ويختلف خيار العيب الثابت بالشرع وبالشرط دلالة عن خيار الرؤية الثابت بالشرع في أن خيار الرؤية لا يقبل الإسقاط بالاتفاق بين العاقدين كما تقدم ، بخلاف خيار العيب الذي يقبله ، ويجوز فيه الاتفاق علي إسقاطه(٢) .

والأصل في مشروعية خيار العيب ماروي أن النبيﷺقال :« لايحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب إلا و بينه له » وقد روي مسلم أن النبيﷺمر برجل يبيع طعاما فادخل يده فيه فإذا به مبلول ، فقال : « من غشنا فليس منا » وتوجب أصول الشريعة حرمة أكل أموال الناس بغير رضا منهم . والرد بالعيب معتبر علي هذا الأصل .

شروط قيام الحق في خيار العيب :

يشترط لقيام هذا الحق الشروط التالية :

١- كون العقد الذي يثبت فيه هذا الحق من العقود التي تقبل الفسخ كالبيع والشراء والإجارة والقسمة والصلح عن مال علي شيء معين والقسمة. أما العقود التي لا تقبل الفسخ كالزواج فلا يرد فيها هذا الحق .ولذا فإن من يتزوج امرأة ويظهر بها عيب من مرض أوغيره لا يكون له الحق في فسخ العقد ، طبقا لرأي جمهور الفقهاء .

٢- أن يكون العيب مؤثرا بنقصان قيمة المعقود عليه في عادة التجار .وقد ورد في المادة ٣٣٨من المجلة العدلية تعريف العيب في المبيع بأنه هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة ويفيد الإطلاق أنه لا فرق بين أن يكون النقصان في القيمة أو الثمن يسيرا أو كثيرا ،لأن الضرر يحصل بمجرد النقصان ،

---

(١) بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٤

(٢) السابق ٥/ ٢٩٧

وينتفي الرضا بالمعقود عليه بهذا .

٣. أن يكون العيب قديما لا حادثا بعد تسليمه . ذلك أن العيب الحادث في يد المشتري لا يوجب له خيار عيب ، لكونه ليس من مسئولية البائع .

٤. عدم سبق الرضا من المتضرر بالعيب . ويعرف ذلك بعلمه بالعيب قبل العقد أو عند العقد أو التسليم لأن مثل هذا العلم يعد رضا به دلالة . والتصريح بالرضا بالعيب يسقط حق الخيار كما لا يخفى.

٥. ألا يكون العاقد قد اشترط البراءة من العيوب ؛ فمن باع مالا علي أنه بريء من كل عيب ظهر فيه لا يبقي للمشتري خيار العيب(١)، وكذا لو اشتري مالا وقبله بجميع العيوب لا تسمع منه دعوي العيب بعد ذلك .مثلا: لو اشتري حيوانا بجميع العيوب ، وقال : قبلته مكسرا محطما أعرج معيبا فلا يبقي له بعد ذلك أن يدعي بعيب قديم (٢) فيه طالبا الردبخيار العيب ..

الأحكام المترتبة علي ثبوت خيار العيب :

يترتب علي ثبوت هذا الخيار الأحكام التالية :

١- ينعقد العقد صحيحا نافذا لازما في حق من لم يثبت له الخيار ، وغير لازم في حق من ثبت له . ويترتب علي كون العقد صحيحا نافذا مع ثبوت هذا الخيار أنه لا يمنع ثبوت أحكامه ؛ فملك المبيع ينتقل من البائع إلي المشتري ، كما تثبت للبائع مطالبة المشتري بالثمن. ويفيد عدم اللزوم أن من حق المتملك (المشتري علي سبيل المثال)أن يقوم بنقض العقدقبل القبض متي علم بالعيب بإرادته وحده دون حاجة إلي اتفاق وتراض أو قضاء قاض مع اشتراط إعلام الطرف الآخر به ، طبقا لما تقدم .

---

(١) المادة ٣٤٢ من المجلة العدلية .

(٢) المادة ٣٤٣ من المجلة العدلية .

٢- يكون العقد غير لازم في حق من ثبت له خيار العيب بعد القبض، غير أن الحق في فسخ العقد يفتقر لإعماله إلي التراضي أو التقاضي . والفرق بين ما قبل القبض وبعده أن العقد قبل القبض لم يتم ، أما بعد القبض فقد تمت الصفقة فلا تنفسخ بمحض إرادة أحد الطرفين ، حرصا علي استقرار التعامل[١] .

٣- يترتب علي خيار العيب الحق في فسخ العقد ورد محله إلي صاحبه واسترداد ما دفع[٢] أو إمضاء العقد .

ولا يحق للمشتري .- علي سبيل المثال - إذا وجد عيبا بالمبيع ان يمسكه ويحط ما نقصه العيب من ثمنه [٣] ، لأن البائع مارضي بالبيع بالثمن المنقوص ، ولو ألزمناه بهذا الثمن لكان فيه تفريق الصفقة عليه ، وهو لا يجوز[٤] .

٤- ومع ذلك فإن للمشتري أن يرجع علي البائع بنقصان الثمن بالشروط التالية :

أ- تعذر رد المبيع بهلاكه أو زيادته زيادة لا تنفصل عنه .

ب- رجوع التعذر إلي سبب لا يرجع إليه . أما لو تصرف فيه هو بالبيع أو الهبة فإنْ تعذر الرجوع يرجع إليه ، ولا يحق له المطالبة بالنقصان.

---

(١) بدائع الصنائع ٥ / ٢٨١

(٢) المادة ١٩٦ مدني أردني

(٣) المادة ٣٧٣ من المجلة العدلية .

(٢) هذا هو مذهب الأحناف والشافعية . أما المالكية فيجيزون للمشتري الاحتفاظ بالمبيع وأخذ قيمة النقصان إذا كان العيب يسيرا ، أما إن كان العيب فاحشا فليس للمشتري سوي الرد بالعيب أو الإمساك للمبيع بجميع الثمن . ويخير المشتري في المذهب الحنبلي بين الرد أو الامساك للمبيع مع حقه في المطالبة بقيمة ما نقصه العيب . ونقصان العيب هو الفرق بين قيمة المبيع سليما وبين قيمته معيبا . وقد أخذالقانون المدني الأردني في المادة ١٩٨ بالمذهب الحنبلي ، ونص هذه المادة :
« لصاحب خيار العيب أيضا إمساك المعقود عليه والرجوع بنقصان الثمن . » البدائع ٥ / ٢٨٦ ومواهب الجليل ٤ / ٤٣٤ ومابعدها وكشاف القناع ٣ / ٦٠ ونهاية المحتاج ٣ / ١٩١ .

٥- لا يسقط خيار العيب بموت من ثبت له ، خلافا لخيار الرؤية .

مسقطات خيار العيب :

يسقط خيار العيب بعد قيام الحق فيه وينتهي بأي من الأسباب التالية

١- إسقاط من له الخيار الحق فيه صراحة ، كقوله اسقطت حقي في الخيار . ويلتحق به إبراء المشتري البائع من العيب الذي ظهر بالمبيع .

٢- الرضا بالعيب بعد العلم به ، صراحة أو دلالة . ومن الدلالة أن يصدر بعد العلم بالعيب ما يدل علي رضاه به ، كاستعماله أو التصرف فيه

٣- هلاك المعقود عليه ، وذلك لفوات محل الرد .

٤- التصرف في المعقود عليه تصرفا ناقلا للملك .

٥- نقصان المعقود عليه بفعل أجنبي أو بآفة سماوية ، حيث لا يكون لصاحب الخيار عندئذ أن يرد المعقود عليه لتعذر الرد ، وله المطالبة بقدر النقصان .

٦- زيادة المعقود عليه زيادة متصلة أو تغيره .

الفصل السادس

آثار العقد

تقديم :

تتنوع الآثار التي رتبها الشارع علي العقد الصحيح النافذ ، وبعضها راجع إلي العاقدين نفسيهما علي حين يرجع بعضهما الآخر إلي غير العاقدين .وتدخل الأحكام المتعلقة بتنفيذ العقد أوتفسيره ضمن هذه الآثار. وآثار العقد هي الحقوق والالتزامات والأحكام التي رتبها الشارع عليه ، كانتقال ملك المبيع من البائع إلي المشتري وملك الثمن إلي البائع ، وكانتقال ملكية المنفعة إلي المستأجر في عقد الإجارة . وقد ترجع بعض آثار العقد إلي ورثة المتعاقدين ، كالحق في خيار العيب وحق المطالبة بالثمن ، وحق حبس المبيع إلي حين وفاء المشتري بالثمن . وقد تنصرف هذه الآثار إلي الدائنين لطرفي التعاقد ، كحقهم في المطالبة بوقف حكم العقد في حقهم إذا كان ذلك يضر بمركزهم . ومن جهة أخري فقد تتعلق آثار العقد بالغير ، كما في الحوالة التي تنقل الدين إلي المحال عليه . وإذ تتنوع الآثار المترتبة علي العقد هذا التنوع فإن الواجب يقتضي بحث جوانبها الثلاثة ، وهي :

١- آثار العقد بالنسبة للعاقدين ومن يلحقهم من ورثة ودائنين .

٢- آثار العقد بالنسبة للغير الأجنبي عن العقد والعاقدين ممن ليس من ورثتهم ولا دائنيهم

٣- قواعد تفسير العقد .

المبحث الأول

آثار العقد بالنسبة العاقدين

١- أحكام العقد وحقوقه :

حكم العقد هو الأثر الأصلي المقصود للعاقدين من إنشائه ، كثبوت الملك في المبيع للمشتري وثبوت الملك في الثمن للبائع . أما حقوق العقد فهي الأمور أو الأعمال التي لا بد منها لتحصيل هذا الحكم . وتتمثل هذه الأمور أو الأعمال في الالتزامات والمطالبات التي تؤكد حكم العقد وتحفظه وتكمله ، من ذلك إلزام البائع بتسليم المبيع وقبوله إذا رد إليه بعيب من العيوب . وثبوت حقه في المطالبة بالثمن وإلزام المشتري بأداء الثمن وحقه في المطالبة بتسليم المبيع ورده إذا وجد به عيبا .

وترجع أحكام العقد وحقوقه إلي العاقدين(١) ولا يلتزم بهاغيرهما وإنما تثبت هذه الأحكام للعقد الصحيح النافذ بمجرد انعقاده وتكوينه ، لأنها أثره المباشر والتلقائي ، فهي لا تثبت التزاما في ذمة العاقد ثم يتولي العاقد الوفاء به ، وإنما تترتب هذه الأحكام علي العقد تلقائيا بمجرد صدوره . ويختلف هذا عن حقوق العقد التي تثبت في ذمة العاقد ويجب عليه الوفاء بها وفقا لما يقضي به العقد .

وليس في التفكير القانوني مثل هذه التفريق بين أحكام العقد وحقوقه ، ولذا كان الحرص علي التعبير عنه في القانون المدني الأردني ، حيث ورد في المادة ١٩٩ منه النص علي أنه :

---

(١) المادة ١٤٦١ من المجلة العدلية .

١ - يجري حكم العقد في المعقود عليه وبدله بمجرد انعقاده دون توقف علي القبض أو أي شيء آخر ما لم ينص القانون علي غير ذلك.

٢- أما حقوق العقد فيجب علي كل من الطرفين الوفاء بماأوجبه العقد عليه منهما »

ومن تطبيقات ثبوت حكم العقد الصحيح النافذ المنجز فور إنشائه في عقد البيع أن يصير المشتري مالكا للمبيع والبائع مالكا للثمن . ويتعلق بهذا الحكم التزام كل منهما بتسليم ملك الآخر إليه باعتباره حقا له . ويترتب علي انتقال ملكية المبيع إلي المشتري بالعقد ذاته أن يكون المشتري أحق به من سائر الغرماء ، إذا وجد في حيازة البائع المحكوم بإفلاسه ، شريطة توفية المشتري الثمن .

٢- تحديد نطاق العقد :

يجب علي العاقدين تنفيذ ما اتفقا عليه وما اشترطاه مما ورد في صريح كلامهما وما تقتضيه طبيعة العقد وأحكامه الشرعية وما يوجبه العرف . فيدخل في بيع القفل مفتاحه بدون نص عليه ، لأنه لا يحصل الانتفاع إلا به ، ولو اشتري بقرة حديثة الولادة دخل ما ولدته في البيع لأنه لا يستقل بنفسه عنها ، وإذا اشتري حديقة دخل سورها في البيع ، ولو اشتري دارا دخل في الشراء الطريق الموصل إليها . لكن لو اشتري سيارة فوجد فيها نقودا لم تدخل في البيع ، لأنها ليست من أجزاء السيارة . ويدخل في الدار المبيعة حديقتها وسورها ، كما يدخل في بيع الورشة أو المصنع الأدوات اللازمة للعمل فيهما . ويدخل في إجارة المنزل الانتفاع بالطريق والمرافق المختلفة . أما مالا يكون من مشتملات المبيع ولا من توابعه المتصلة المستقرة أو لم يكن في حكم جزء المبيع أو لم تجر العادة والعرف في ببيعه معه فلا يدخل في المبيع ما لم يذكر وقت البيع . أما ما جرت عادة البلدة والعرف ببيعه تبعا للمبيع فيدخل في البيع من غير ذكر ، فالأشياء غير المستقرة التي توضع لأن تستعمل وتنقل من محل إلي آخر كالخزانة والكرسي والتخت

المنفصلات لا تدخل في بيع الدار بلا ذكر ؛

والعرف في بعض القري المصرية علي أن بيع الأرض لا يدخل فيه الزرع ، وعلي أن بيع الذرة لا يدخل فيه الأعواد .

وإنما يسترشد في تحديد نطاق العقد في الفقه الاسلامي كما اتضح مما سبق بعدة أمور من بينها :

١- العرف والعادة ؛ " فالعادة محكمة " " واستعمال الناس حجة يجب العمل بها "

٢ - طبيعة الالتزام وقصد المتعاقين منه ، فمن اشتري دابة للركوب لايدخل ماولدته في البيع إلا لاتفاق الصريح عليه ، أما إذا اشتري بقرة للتجارة أو للتربية فإن ولدها يدخل في البيع دون تسمية واتفاق .

٣ - الدفع بعدم التنفيذ : إذا لم يقم أحد العاقدين بتنفيذ التزامه جاز للطرف الآخر الامتناع عن تنفيذ التزاماته ، فللبائع إذا رفض المشتري تسليم الثمن أن يمتنع عن تسليم المبيع إلي حين قبض الثمن . وهذا مبني علي تحديد الفقهاء للالتزام الواجب التنفيذ قبل غيره . ومذهب الأحناف أن الواجب في البيع وجوبا أوليا هو تسليم المشتري الثمن . فإذا لم يقم بواجبه هذا كان للبائع الا يدفع إليه المبيع . ويروي الكاساني مذهب الأحناف والخلاف معه بقوله : ومنها (أي من أحكام عقد البيع) ثبوت حق الحبس للمبيع لاستيفاء الثمن . وهذا عندنا . وقال الشافعي رحمه الله في قول يسلمان معا . وفي قول يسلم المبيع أولا ثم يسلم الثمن . أما قوله الأول فبناء علي أصله الذي ذكرنا . . وهو أن الثمن والمبيع من الأسماء المترادفة عنده ، ويتعين كل واحد منهما بالتعيين فكان كل ثمن مبيعا وكل مبيع ثمنا . وأما قوله الثاني وهو أن في تقديم تسليم المبيع صيانة للعقد عن الانفساخ بهلاك المبيع ، وليس ذلك في تقديم تسليم الثمن ، لانه لو هلك المبيع

قبل القبض ينفسخ العقد وإن قبض الثمن . فكان تقديم تسليم المبيع أولي صيانة للعقد عن الانفساخ ما أمكن . ولنا قوله عليه لصلاة والسلام : « الدين مقضي » فلو تأخر تسليم الثمن عن تسليم المبيع لم يكن هذا الدين مقضيا وهذا خلاف النص ، ولأن المعاوضات مبناها علي المساواة عادة وحقيقة ، ولا تتحقق المساواة إلا بتقديم تسليم الثمن ، لأن المبيع متعين قبل التسليم والثمن لا يتعين إلا بالتسليم علي أصلنا فلا بد من تسليمه أولا تحقيقا للمساواة (١) »

وللبائع علي مذهب الأحناف أن يحبس جميع المبيع حتى يقبض الثمن كله ، سواء بين لكل جزء من أجزاء المبيع ثمنا علي حدة أم لم يبين. ولا يسقط حقه في حبس المبيع إلى استيفاء الثمن بتقديم المشتري رهنا أو كفيلا بالثمن . ويسقط حق البائع في حبس المبيع بتسليمه إلي المشتري ، أو برضاه بقبض المشتري للمبيع ، وليس له أن يأخذ المبيع من المشتري فيما بعد لو لم يقبضه الثمن (٢) ، أما لو أحال المشتري البائع بالثمن فتبرأ ذمة المشتري بهذه الحوالة ، ويجب علي البائع تسليم المبيع ، ويسقط حقه في حبسه . وكذا لوكان الاتفاق على تأجيل الثمن فإنه لا حق للبائع في حبس المبيع (٣) .

أما في الالتزامات المتقابله الواجبة التنفيذ في وقت واحد ، وذلك كالمقايضة ، فيحق الدفع بعدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته إذا أبدي استعداده للتنفيذ ولم يستجب له الطرف الآخر .

ويجب أن يكون واضحا أن الدفع بعدم التنفيذ من قبل أحد طرفي العقد لا يؤدي إلي فسخه ولا إلي انقضاء الالتزامات الناشئة عنه ، بل تظل هذه الالتزامات قائمة واجبة التنفيذ ، ويجبر الممتنع منهما إذا عرض الآخر استعداده

---

(١) بدائع الصنائع ٥/٢٤٩ .

(٢) المواد ٢٧٩ إلى ٢٨١ من المجلة العدلية .

(٣) المواد ٢٨٢ ، ٢٨٣ من المجلة العدلية .

للمضي قدما في تنفيذ التزاماته .

٤- نظرية الظروف الطارئة والأعذار : تقابل الظروف الطارئة في الاصطلاح القانوني ما يعرف في الفقه الإسلامي بالأعذار ، ومعناهما تعذر الوفاء بالمعقود عليه في عقد يتراخي تنفيذه كالمقاولة والتوريد ، نتيجة لتبدل مفاجئ في الظروف العامة التي نشأ هذا العقد في ظلها ، كارتفاع أسعار مواد البناء ارتفاعا فاحشا عما كانت عليه وقت الاتفاق ، أو ارتفاع أسعار السلع التي تعهد المورد بتوريدها على نحو يؤدي إلي الإضرار بالمتعاقد الملتزم بتوريدها .

وحكم نشأة هذه الظروف هو جواز قيام القاضي بتعديل الالتزام الناشيء عن العقد بإنقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل أو تأجيل الوفاء بالعقد أو فسخه. ويقوم اعتبار الظروف الطارئة في تعديل التزامات المتعاقدين على أساس القاعدة الفقهية القاضية بأن الضرر يزال، وعلى أساس آخر هو أن أحكام العقود قائمة على رعاية مقتضي العدالة في تحديد حقوق أطراف التعاقد وواجباتهم .

ويعالج الفقهاء أحكام هذه النظرية تحت عنوانين . أولهما وضع الجوائح ، والآخر فسخ الإجارة بالأعذار . ويلزم تناول آراء الفقهاء في هذين الأمرين لتقدير موقفهم من نظرية الظروف الطارئة .

أولاً : وضع الجوائح .

الجوائح جمع جائحة ، وهي الآفة التي تصيب الثمار والزروع فتهلكها . ويذكر الشوكاني أنه لا خلاف في أن البرد والقحط والعطش جائحة ، وكذلك كل ماكان من آفة سماوية . وأما ما كان من الآدميين ففيه خلاف ، فمنهم من اعتبره من الجوائح ، تشبيها بالآفة السماوية ومنهم من لم يره كذلك(١) ، والوضع هو الإنقاص في العوض لنقص المعوض أو سقوط العوض كله لهلاك المعوض ،

---

(١) نيل الأوطار ٥/ ٢٨٠ .

وقد روي مسلم انه ص أمر بوضع الجوائح ، وعن جابر أن النبي صلي الله عليه وسلم وضع الجوائح . وإنما يرد ذلك في الزروع والثمار التي أصابتها الآفة قبل تمكن المشتري من قطعها فينزل عنه جزء من الثمن لقاء النقص الحادث في المبيع . ولا يختلف الفقهاء في تأثير الجوائح على الالتزامات وإن اختلفوا في نوع هذا التأثير على النحو التإلى :

مذهب الأحناف والشافعية :

يذهب الشافعية والأحناف إلي أن هلاك المعقود عليه بآفة سماوية يوجب انقضاء العقد وانتهاءه ، لاستحالة تنفيذه ؛ فلو تلف المبيع بآفة انفسخ العقد . أما لو تلف بعضه فإنه يخير بين فسخ العقد وبين أخذ المعقود عليه بالثمن المتفق عليه كله . (١)

مذهب المالكية :

أخذ المالكية بظاهر النصوص الموجبة لوضع الجوائح ، ويرون وجوب إنقاص الثمن في شراء المحاصيل الزراعية إذا أصابتها آفة من الآفات السماوية بعد الشراء وقبل الجني أو القطع . وينص المالكية على أنه لو اشترط البائع في العقد عدم تأثير الآفة في إنقاص الثمن لم يصح هذا الشرط (٢) . وإنما توضع الجوائح في المذهب بشروط ثلاثة :

١- بلوغ التالف بالجائحة (الآفة السماوية) مبلغ ثلث المجموع ، ويقدر الضرر الفاحش الذي يجب رفعه بهذا الحد ، حتى لو قل التلف عن ثلث المحصول المشتري اعتبر من الضرر إليسير الذي لا يجب نقص الثمن به .

---

(١) مغني المحتاج ٢/٦٤ - ٦٦ ، وحاشية ابن عابدين ٤/٤٤-٤٨ ، والمبسوط أو الأصل للشيباني ٥/٢٨٥ ، طبعة كراتشي ١٩٨٥ .

(٢) حاشية الدسوقي ٤/١٧٥ .

٢- ألا يكون المشتري قد تراخي في القطع أو الجني ، إهمالا منه . ولذا لو اكتمل نضوج الثمر والزرع وكان المشتري يتمكن من القطع ولم يفعل انشغالا أو إهمالا لم يجب على البائع إنقاص شيء من الثمن ، لأن كل انسان مسئول عن فعله ، وهذا التراخي والإهمال من مسئولية المشتري

٣- ألا يكون الأصل مقصودا بالشراء ، فلو اشتري البستان بشجره وثمره، فتلف الثمر بجائحة لم يوضع عن المشتري شيء ، لأنه تلف على ملكه هو وانقطعت صلة بائعه به [١]

مذهب الحنابلة :

يتفق الحنابلة مع المالكية في إنقاص الثمن بالجوائح ، لكن يختلفون مع المالكية في اشتراط بلوغ التالف مقدار الثلث ، بناء على عمومية النصوص القاضية بوضع الجوائح . جاء في كشاف القناع : «إذا تلف بعض المثمرة ، ولو كان التالف أقل من الثلث بجائحة سماوية ، وهي مالا صنع لآدمي فيها كريح ومطر وثلج وبرد وجليد وصاعقة وحر وعطش ونحوها ، وكذا جراد ونحوه .. وجب كونه من ضمان البائع » [٢]. وإنما قيد المالكية الضرر المقابل بنقص الثمن هذا التقييد بناء على أن مادون الثلث مما يتحمله الناس في معاملاتهم ويدخل في الضرر إليسير ، بخلاف مازاد على حد الثلث فإنه في الشرع من الكثير ، لتعليله ص حد الثلث في الوصية بقوله :« الثلث والثلث كثير » .

ثانيا : فسخ الإجارة بالأعذار :

عرف ابن عابدين العذر المثبت للفسخ بأنه كل ما يؤدي إلي المنع من استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحق بأحد العاقدين في ماله أو نفسه[٣] . وقد

---

(١) بداية المجتهد ٢/١٨٤ ، والقوانين الفقهية ٢٦٢ .

(٢) كشاف القناع ، ٣/٢٨٥ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٥/٥٥ .

توسع الأحناف في الحكم بفسخ الإجارة للأعذار أكثر من غيرهم . ذلك أنهم يقسمون الأعذار المثبته لحق الفسخ إلي ما يتعلق منها بالمستأجر وإلي ما يتعلق بالأجر وإلي مايرجع لعين المأجور .

ومما يتعلق بالمستأجر أن يفلس أو ينتقل من بلد المأجور بحكم وظيفته أو يغير مهنته إذا كان الدكان المستأجر لمزاولة المهنة السابقة لا يصلح لمزاولة المهنة الجديدة .

وليس من هذه الأعذار أن يجد دكانا أرخص أو أوسع . ومن الأعذار التضرر بتنفيذ العقد . كما لو اتفق مع طبيب على قلع ضرس يؤلمه ثم سكن الألم ، أو يستأجر إبلا للسفر ثم بدا له ألا يسافر لمصلحة قدرها هو نفسه ، وكذا لو استأجر دكانا للتجارة فاحترق أو سرق المتاع فلا يجبر على استدامة الإجارة ، لأن في إبقاء الإجارة وإجباره على استدامتها إضرارا به ضررا لم يلتزمه بالعقد – في تعبير الكاساني – فلا يجبر عليه .[1]

ومما يتعلق بالعين المأجورة هلاك هذه العين أو حدوث ما يمنع الانتفاع بها ، وذلك كهلاك الدابة وانهدام الدار وغرق الأرض وانقطاع الماء عنها ، أو حدوث خوف عام يحول بين المستأجر وبين استيفاء المنفعة، كما لو استأجر دابة للخروج إلي مكان فنشب فيه حرب أو ظهر فيه وباء أو غير ذلك مما لا يتمكن معه من السفر إلي المكان الذي قصده[2] .

وفي مثل هذه الأحوال ينفسخ العقد إذا تعذر استيفاء المنفعة بجملتها . أما إذا استوفي بعض المنافع وتعذر استيفاء بعضها الآخر فيجب من الأجر بقدر ما

---

(١) بدائع الصنائع ٤/١٩٨ .

(٢) لسان الحكام لابن الشحنة ٣٦٧ وما بعدها ، وتبيين الحقائق ٤/١٤٣ وما بعدها ، ومرشد الحيران مواد ٥٦٤، ٥٦٥ ، ٥٤٢ .

استوفي من المنفعة ، ولا يجب عليه ما يقابل الفائت منها (١) .

ولا يتوسع المالكية والشافعية والحنابلة في الأعذار المثبتة لحق الفسخ في الإجارة هذا التوسع ، ويكادون يحصرونها في أمرين :

١- حدوث ما يؤدي إلي تعذر استيفاء المنفعة المعقود علها بهلاك محلها أو بوجود ظرف عام يمنع المستأجر من استيفائها كحرب أو وباء

٢. حرمة استيفاء المعقود عليه ، كالاستئجار على قلع ضرس ظهرت سلامته أو إجراء جراحة لم تعد ضرورية (٢) .

والضابط عند المالكية أن الإجارة تنفسخ بتلف ما يستوفي منه المنفعة لا بتلف ما تستوفي به (٣) . ولذا فإن موت المستأجر لا يوجب فسخ الإجارة لقيام الوارث مقامه في استحقاق المنفعة . لكن لو نفقت الفرس التي استؤجر مدرب لروضها وتعليمها حسن الجري فإن العقد ينفسخ ، وكذا لو صدر أمر رسمي بمنع مستأجري الدكاكين في مكان معين من فتحها فإن المستأجر لا تجب عليه الأجرة(٤) .

وقد ذكر ابن تيمية أن من استأجر ما تكون منفعته لعامة الناس مثل الحمام

---

(١) يقول الكاساني في هذا: « استأجر دارا ليسكنها شهراً ... أو دابة ليركبها الى الكوفة فسكن بعض الوقت وركب في بعض المسافة ، ثم حدث بها مانع يمنع من الانتفاع ، من غرق أو مرض أو غصب أو كان زرعا فقطع شربه أو رحى فانقطع ماؤه لا تلزمه أجرة تلك المدة، لإنها تحدث شيئا فشيئا فلا تصير منافع المدة مسلمة بتسليم محل المنفعة ، لإنها معدومة ، والمعدوم لا يحتمل التسليم، وإنما يسلمها على حس وجودها شيئا فشيئا. فإذا اعترض مانع فقد تعذر تسليم المعقود عليه قبل القبض كما لو تعذر تسليم المبيع بالهلاك . بدائع الصنائع ٤/١٧٩ .

(٢) بداية المجتهد ٢/١٧٣ .

(٣) حاشية الدسوقي ٤/٢٩ .

(٤) حاشية الدسوقي ٤/٣٠ وما بعدها ، وانظر المهذب ١/٤٠٦ ، والمغني لابن قدامة ٥/٤٥٢ ، وما بعدها .

والفندق فنقصت المنفعة المعروفة لقلة الزبون أو الخوف أو حرب ونحوه فإنه يحط عن المسأجر من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة" .(١)

تقدير النظرية :

يتضح من هذا كله الأمور الثلاثة التالية :

١- يفسح الفقه الإسلامى المجال لتدخل القاضى بتعديل أحكام العقد المتفق عليها بين المعاقدين إذا دعت الضرورة لهذا التدخل. وتتمثل هذا الضرورة فى تعذر الوفاء بالمعقود عليه أو استيفائه نتيجة لظرف لم يكن فى حسبان المتعاقدين عند التعاقد . كحرب أو وباء أو آفة سماوية ويتدخل القاضى فى هذه الظروف بالاستناد إلى القواعد العامة للشريعة فى رفع الضرر وإقامة العدالة.

٢- المقصود من تدخل القاضي لتعديل أحكام العقد هو رفع المشقة عن المتعاقدين وتجنب الحرج الذى أمر الشرع برفعه . ولضبط هذا المقصود يثور التساؤل عن نوع المشقة وحجم الضرر الذى أمر الشارع برفعه .اتجه المالكية إلى تقدير الضرر والخسارة عن الظروف الطارئة بفوات ثلث المعقود عليه كما تقدم . وقد يتخرج على أقوال الفقهاء تقدير الضرر المأمور برفعه بما زاد عن الخسارة المألوفة فى تقلبات التجارة مما لا ينفك عنها ، ويرجع إلى المخاطر التى يأخذها التجار فى حساباتهم .

٣- يفرق فى تدخل القاضى بين حالتين :

أولهما : استحالة تنفيذ العقد بهلاك المعقود عليه لسبب قاهر لايد للمتعاقدين فيه ، فيحكم فى هذه الحالة بانقضائه ، حيث لا فائدة من استمراره . والثانية : إمكان تنفيذ العقد مع لحوق الضرر والمشقة بأحد طرفيه نتيجة ظروف طارئة لم تكن متوقعة عند قيام العقد . ولا يترتب على ذلك الحكم بانقضاء

(١) مختصر الفتاوي ٣٧٦ .

الالتزام وإنهائه ، وإنما يترتب الحكم بإنقاص هذا الالتزام إلى الحد المعقول ، بما يكفل توزيع الضرر الناشيء عن هذه الظروف على المتعاقدين جميعهما وتجنب تحميله على أحدهما.

ومما هو جدير بالذكر أن القوانين المدنية العربية قد استندت على وجه العموم[1] إلى أحكام االفقه الإسلامى فى الظروف الطارئة ، كما أن هذه النظرية قد وجدت تطبيقات عديدة لها فى القانون المدنى المصرى ، كالحكم بانتهاء الإيجار فى نص المادة ٥٧٥ من هذا القانون ، حيث ورد فيها : "إذا كان الإيجار معين المدة جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إلغاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو فى أثناء سريانه مرهقا ...."

٥ -أثر العقد بالنسبة للوارث والموصى له (الخلف العام) [2] :

يخلف الوارث مورثه فى ذمته المإلية كلها أو جزء منسوب إليها كالربع والثلث والنصف ، وكذا الموصى له بنسبة من التركة كأنه يخلف الموصى فيما يصير إليه منه . ومع ذلك فيجب أن يلاحظ أن ذمة الوارث مستقلة عن ذمة مورثه ، فلا يتحمل شيئا مماوجب عليه إلا فى حدود نصيبه وما آل إليه من هذه التركة ، بخلاف الحال فى القانون الإنجليزى على سبيل المثال الذى يعتبر ذمة الوارث امتدادا لذمة مورثه . ويترتب على ذلك الأمور التإلية :

١ ـ الحقوق الشخصية الغير المإلية الثابتة للمورث كحق الولاية والحضانة لاتنتقل إلى الوارث .

٢ ـ الحقوق المإلية المتعلقة بشخص المورث ، كخيار الرؤية والشرط لاتنتقل من المورث إلى الوارث . وكذا لاينتقل الحق فى تأجيل الثمن من المشترى إلى

---

(١) انظر المواد ١٤٧ مصري ، ١٤٦ عراقي، ١٩٨ كويتي، ٢٠٥ أردني ، ١٤٨ سوري .

(٢) هو من يخلف الشخص في ذمته المالية كلها أو في جزء منسوب إليها .

وارثهم ،لأن الرضا بالتأجيل مراعى فيه شخص المدين وعلاقته بالدائن وقدرته على الوفاء .

٣ – الحقوق المالية التى يولدها العقد تنتقل إلى الوارث، ذلك أنه إذا أبرم المورث عقدا نشأت منه حقوق له فإن هذه الحقوق تنتقل إلى وارثه . ولذا فإنه لو باع شخص عينا مملوكة له بثمن مؤجل ومات البائع انتقل وجوب تأجيل الثمن إلى الوارث ، وكذا لو كان البائع قد أخذ بالثمن رهنا فإن حق حبس المرهون ينتقل إلى وارثه ولهـذا الوارث المطالبة بالثمن عند حلول أجله . وينتقل حق قبـول الوصية إلى ورثة الموصى له إن مات قبل قبولها أو ردها .

٤ – لاتنتقل الديون المترتبة على العقد من المورث إلى الوارث ، بل تبقي في التركة وتستوفي منها قبل الحكم بانتقال التركة إلى الورثة . ومقتضاه أنه إذا اشترى سيارة وبقى ثمنها دينا فى ذمة المشترى مؤجلا إلى أجل معين ، ثم مات قبل الوفاءبهذا الدين فإن الأجل يسقط ويحل الدين ، ويقضى من التركة قبل انتقالها إلى الورثة. ومحل الدين قبل الوفاء به هو ذمة الميت بفرض استمرار بقائها عند الأحناف والحنابلة ، أوالتركة عند المالكية أوذمة الورثة في حدود أنصبائهم وما يؤول إليهم من التركة ، وفي حدود مقدار نصيب كل منهم بالنسبة لغيره فى تحديد مسئولية كل منهم عما يخصه من الدين بعد توزيع التركة عليهم . فلو كان عليه تسعون ألف جنيه وترك بنتا وأبا وأما وابن ابن ، وكان له تسعون فدانا فإن البنت تكون مسئولة عن نصف هذا الدين ، وهو خمسة وأربعون ألفا ، وعلى كل من الأب والأم وابن الابن خمسة عشر ألفا ، لأن البنت أخذت نصف التركة وأخذ كل من الأب والأم وابن الابن سدس هذه التركة ، فيكون كل منهم مسئولا عن الدين بنسبة نصيبه .(١)

---

(١) انظر الفروق ٣/٢٧٥ وما بعدها ، والقواعد لابن رجب ص ٣١٥ وما بعدها .

٦ – أثر العقد بالنسبة للمتلك عينا معينة (الخلف الخاص [١]) :

الموصى له بعين معينة من التركة يخلف الموصى فى الحقوق التى ينشئها العقد ، كما يخلف المشترى البائع فى المبيع والموهوب له الواهب . فإذا تعلق حق أو التزام بالعين نتيجة تصرف قام به المملك فإن هذا الحق ينتقل إلى المتملك بشروط ثلاثة :

١ – سبق تصرف المملك للتاريخ الذى انتقلت فيه الملكية إلى المتملك .

٢ – علم المتملك بالحقوق والالتزامات التى رتبها المملك بتصرفه .

٣ – مشروعية الحقوق والالتزامات الناشئة عن التصرف .

ومن تطبيقات ذلك أن الموصى له بشئ معين كسيارة آلت إلى الموصى بطريق الشراء لو وجد فيها عيبا أو وجدها مستحقة للغير كأن كانت مغصوبة وباعها غاصبها إلى الموصى فإن للموصى له أن يرد السيارة بخيار العيب ويردها لمستحقها مع مطالبة الغاصب بثمنها وكذا لو كان الواهب قطعة أرض قد التزم عند شرائها بترك مساحة خالية منها دون بناء أو بترك طريق للجار أو بعدم الزيادة على ارتفاع معين عند بنائها وفق قواعد التنظيم فإن هذا الالتزام ينتقل إلى الموهوب له ، دون حاجة إلى النص عليه فى عقد الهبة وكذا المشترى لهذه الأرض يلتزم بما التزم به المملك له وهو البائع .

ومنه كذلك أنه لو باع دارا مرهونا أو مستأجرة فإن الدار تنتقل إلى المشترى محملة بحق الرهن وبحق الإيجار ، ولاينفذ هذا البيع كما تقدم إلا بموافقة المرتهن والمستأجر . وكذا لو باع أحمد سيارة لعلى دون أن يتقاضى ثمنها منه ، وباعها على لتوفيق الذى دفع ثمنها لعلى فإن لأحمد أن يمسك السيارة ولايسلمها لتوفيق ، وتظل السيارة محملة بالثمن الذى لم يقبضه أحمد من على .

---

(١) الخلف الخاص في الاصطلاح القانوني هو من يتلقى عن سلفه حقاً في شئ معين. وقد اخترت الجمع بين المصطلح الفقهي (المتملك لعين معينة) وهذا الاصطلاح القانوني .

٧ – أثر العقد بالنسبة للدائن :

الأصل فى الفقه الإسلامى أن الدين لايسلب أهلية المدين أو ينقص منها ، ولذا فإنه يستطيع التصرف فى ماله على سبيل المعاوضة أو التبرع، وينفذ تصرفه دون حاجة إلى إذن الدائن مالم يحط الدين بما له أو يحكم بالحجر عليه لتفليسه . وتعنى إحاطة الدين بما له أن تتساوى قيمة الديون الحالة الثابتة اللازمة مع قيمة الموجود من أمواله أو تزيد قيمة هذه الديون عن قيمة أمواله . وتكفى هذه الإحاطة عند المالكية لوقف تصرف المدين ، حتى لايضر بمصالح غرمائه المتعلقة بأمواله باعتبارها جميعها فى ضمان الدين أما الجمهور فعندهم أن مجرد إحاطة الدين لا يكفى لوقف تصرف المدين لأنه أمر لا يمكن للمتعاملين معه معرفته ويشق ذلك عليهم وإنما يشترط الحكم من القاضى بحجره لوقف تصرفه حتى يظهر أمره للمتعاملين معه .

ويترتب على الحجر عدة أمور منها :

١– غَلّ يد المدين ومنعه من التصرف في أمواله تصرفا مفقرا ينقص من ماله كالهبة والقرض ، أو بالمعاوضه كالبيع والشراء .

٢– بيع أمواله عليه مع ترك ماهو من حاجته الخاصة التي لايستغنى عنها هو ومن تلزمه نفقتهم ، فيترك له ما يلبسه وما يأكله وأدوات صناعته أو حرفته .

٣ – قسمة ما يخرج من هذا البيع على الغرماء ويتحاصون بنسبه ديونهم إن لم يمكن الوفاء بها كلها ، فمن له ألفان يأخذ ضعف من له ألف إن لم يتسع المال للوفاء بجميع الديون ، وإن وسعهم أَخَذَ كل دائن قيمة دينه .

والحاصل أن تصرفات المدين لاتنفذ في حق دائنيه بشروط ثلاثة :

١– أن يكون المدين قد أحاط الدين بماله وصدر حكم بحجره ، طبقا للخلاف بين المالكية والجمهور في هذا .

٢- كون التصرف ضارا بحقوق الدئنين ، أماالتصرفات النافعة كقبول الهبات والوصايا فتنفذ . وتنفذ تصرفاته غير المالية كالزواج على رأي في الفقه الإسلامي ، لأن التصرف المالي هوالذي يضر بحقوق غرمائه .

٣-كون التصرف نافذا في الحال ، أما التصرف المضاف إلي مابعد المو ت كالإيصاء فإنه ينعقد صحيحا غير موقوف على إذن أحد .

٨- التعهد عن الغير :

القاعدة فى الفقه الإسلامى أن التصرف فى حق الغير باطل إلابولاية عليه أو بإذن منه ،سواء كان هذاالإذن سابقا على التصرف أو لاحقا له .ولذا فإن تصرف الفضولى -أو الوكيل إذا تجاوز شروط الوكالة- ينعقد صحيحا موقوفا على إذن صاحب الشأن ، فإن أجازه نفذ وإن لم يجزه بطل .

وصورة التعهد عن الغير في الاصطلاح القانونى أنه إذا أراد شريكان التصرف في مالهما المشترك على الشيوع ، وكان أحدهما قاصرا فإن كامل الأهليةيبيع نصيبه مع تعهد بأن يبيع القاصر نصيبه هو الآخر عند تمام أهليته ،فهو لايبرم عقدا كالفضولى الذى يبيع ملك الغير ولكنه ينشئ تعهدا عن هذا الغير ، يفتقر تنفيذه إلى إنشاء عقد جديد .

وفى تقدير العلامة السنهورى أن الفقه الإسلامى يعرف صورة بيع ملك الغير تحت اسم بيع الفضولى ولا يعرف صورة التعهد عن الغير؛ فالأوفق : أن يلجأ الشريك غير القاصر إلى بيع الفضولى ، فيبيع كأصيل نصيبه في الشئ الشائع ويبيع كفضولى نصيب شريكه القاصر ، على أن يجيز القاصر عند بلوغه سن الرشد بيع نصيبه " .(١)

ويبدو لى أن أحكام المواعدة والكفالة فى الفقه الإسلامى تتسع كذلك

(١) مصادر الحق ٥/١٦٠ .

لبعض صور التعهد عن الغير ، فيصح أن يكفل شخص قيام آخر بعمل من الأعمال كبناء دار معلومة أوتسوية أرض معلومة(١) ، ولايترتب على مثل هذه الكفالةاو المواعدة إلزام الغير بالوفاء بهذا العمل وإنما يترتب عليه حق الموعود أو المكفول له فى المطالبة بالوفاء بالعمل ، ويحتمل وجوب الضمان على الواعد إذا تسبب في الإضرار بالغير بتعهده هذا .

٩-الاشتراط لمصلحة الغير :

يقصد بالاشتراط لمصلحة الغير في الاصطلاح القانونى إلزام العاقد بأداء منفعة لأجنبى عن العقد ، كإيراد مرتب . ومنه بيع العين المرهونة مع اشتراط البائع على المشترى أن يدفع الثمن إلى المرتهن في مقابل دينه ،والأطراف في هذا النوع من التعامل ثلاثة : العاقدان والمنتفع ،وإنما يتحقق هذا التعامل باشتراط أحد العاقدين قيام الطرف الآخر في العقد بأمر فيه نفع للغير ويترتب على أدائه مصلحة للمشترط .

وفى تقدير المرحوم السنهوري أن الاشتراط للمصلحة الغير على النحو المعروف في الفقه الغربي غير جائز في الفقه الإسلامى ، وهذا مايقرره بعض الفقهاء الذين اشتغلوا بمقارنة الفقه الإسلامى بالفقه الغربى . فيقول الدكتور صبحى محمصانى فى كتابه النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية (جزء ٢ص ٢٢٩ : إن الشريعة الإسلامية لم تقر ذلك (أى الاشتراط لمصلحة الغير) .نعم فى الوقف يجوز للواقف أن يشترط استحقاق الوقف لأشخاص معينين أو غير معينين أوغير موجودين ، ولكن هذا له أحكامه الخاصة المعروفة في كتب الوقف ،وعلى كل حال ليس له علاقة بالعقود . ويقول الأستاذ شفيق شحاتة فى كتابه النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية (فقرة :١٨٩) : أما التعاقد لمصلحة الغيرفلا يظهر من النصوص أنه جائز . وقد وجدنا بعض

---

(١) شرح المجلة لسليم رستم ص ٣٤٤ .

حالات اشترط فيها المتعاقدان شروطا لمصلحة أجنبى عن العقد ، وفى حالة كلف شخص آخر أن يقوم بعد موته بدفع مبلغ لثالث ، وهذا المبلغ يقر الشخص الأول بأنه لهذا الثالث" [١] .

وإنما يناقش هذا المبدأ من وجهة الفقه الإسلامى بالنظر إلى موقف الفقهاء من قاعدة حرية العقود والشروط .وتخريجا على مذهب الأحناف فى جواز الشروط التى يجرى بها التعامل فى العرف ما لم تصادم أصلا شرعيا فإنه يمكن القول بأن هذا المذهب لا يأبى الاشتراط لمصلحةالغير . ولا يخرج الأمر عن هذا فى مذهب المالكية والحنابلة الذين توسعوا فى تصحيح الشروط أكثر من غيرهم . وعلى الرغم من أن الشافعية قد نصوا على أن الأصل فى الشروط والمعاملات الحظر حتى يدل الدليل على الإباحة فقد وجدناهم يصححون بعض الشروط المتضمنة نفعا لغير المتعاقدين ، ومن هذا ما نصوا عليه من جواز بيع العبد مع اشتراط عتقه[٢]، فإن العتق منفعة لا شك فى ذلك ، ولا ترجع هذه المنفعة لأحد العاقدين وإنما ترجع لشخص أجنبى عن العقد .

وأنقل فيما يلى بعض ما يؤيد معرفة الفقهاء المسمين بمبدأ الاشتراط لمصلحة الغير وتصحيحهم لهذه الاشتراطات .

يجيز الأحناف اشتراط بعض الربح فى المضاربة لقضاء دين المضارب " أو دين المالك ... ويكون للمشروط له قضاء دينه[٣] " . ومعناه أن للمنتفع المشروط له أن يطالب الملتزم بالوفاء بما التزم به ، وهذا هو معنى صحة الشرط . وقد أجاز المالكية مثل هذا الاشتراط أيضا ، فقد نصوا على جواز " اشتراط ربح القراض كلهالرب المال أو للعامل أو لغيرهما لأنه من باب التبرع ويلزمهما الوفاء بذلك إن كان المشترط له معينا ، وقيل : ويقضى به إن امتنع الملتزم منهما . وأما إن كان

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٥/١٦١ .

(٢) الأم ٣/٨٧ ، والمغني ٤/٢٥٠ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٤/٦٥٤ .

لغير معين كا لفقراء فإنه يجب من غير قضاء " . (١)

ويجوز اشتراط المرأة شيئا من مهرها لأبيها أو لأخيها .وقد تتضمن السفتجة (٢) اشتراطالمصلحة الغير الأجنبى عن العقد ، ويكون هذا اشتراطا لنفسه وتوكيلا لغيره (٣) . وقد نصوا كذلك على حق الراهن فى بيع المرهون مع اشتراط دفع الثمن للمرتهن. ويحتمل اعتبار اتفاق النبى ص مع أسارى بدر على إطلاق سراحهم لقاء تعليمهم عشرة من أولاد المسلمين القراءة والكتابة من قبيل ما فيه اشتراط لمصلحة الغير .وقد أجاز مالك الهبة للجنين والمعدوم.(٤) وفى كل هذاما يدل على اعتراف الفقهاء المسلمين بمبدأ الاشتراط لمصلحة الغير.

الأحكام المترتبة على الاشتراط لمصلحة الغير :

يترتب على الاشتراط لمصلحة الغير – إذا صح بموافقته للعرف عند الأحناف وبعدم مصادمته للنصوص عند الحنابلة – عدد من الأحكام ، من بينها :

١– حق المنتفع فى مطالبة الطرف الملتزم بتنفيذ ما اشترطه . فيحق للمستفيد بالسفتجة أن يطالب المحال عليه بقبض قيمتها، ولا حق لهذا المحال عليه فى تأخير التنفيذ بحال .وهذا هو معنى قولهم (المنقول قبل قليل) فى اشتراط بعض الربح لأجنبى عن المضاربة : " ويقضى به إن امتنع الملتزم منهما " . وقد جاء فى الفقرة الثانية من المادة ٢١٠ أردنى و٢٥٤ إماراتى النص على أنه : " يترتب على هذا الاشتراط أن يكتسب الغيرحقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط ، يستطيع أن يطالب بوفائه، ما لم يتفق على غير ذلك . ويكون لهذا

---

(١) الخرشي ٦/٢٠٩ .

(٢) السفتجة ورقة تجارية تقوم على اتفاق بين طرفين لنقل المال من بلد لآخر. بحيث يتولى قبضه في البلد المنقول إليه أحد المتعاقدين أو شخص آخر أجنبي عنهما .

(٣) المغني ٣/٥٢٥ ، وحاشية ابن عابدين ٥/٨٨ .

(٤) التزام التبرعات لأحمد إبراهيم، مجلة القانون والاقتصاد ج ٢ ، ص ٦٢٣ .

المتعهد أن يتمسك قبل المتنفع بالدفوع التى تنشأ على العاقد " .

٢ – للمتعاقد المشترط كذلك أن يطالب هو الآخر بتنفيذ الملتزم لاتفاقه ، وله أن يجبره عليه بمقاضاته بكونه طرفا فى التعاقد .

٣– للمتعاقد المشترط الحق فى نقض المشارطة قبل تنفيذ الملتزم لاتفاقه ، أو إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، مالم يضر ذلك بحقوق الملتزم .

١٠ – المواضعة والتلجئة في العقود (صورية العقد)

يعرف الفقه الاسلامي ما يسمي بالعقود الصورية التي يلجأ فيها المتعاقدان إلى إنشاء اتفاقين أحدهما ظاهر والآخر مستتر لتحقيق مصلحتهما أو مصلحة أحدهما . من ذلك أن يتفق شخصان على أن يتبرع أحدهما للآخر بماله أو يبيعه له صوريا على أن يعيد هذا المال إليه عندما يطلب منه ذلك ، ويسمي هذا في الفقه الاسلامي بالمواطأة أو التلجئه أو المواضعة . وقد عرفها الدكتور وهبة الزحيلي تعريفا أنقله هنا . وعبارته أن " التلجئة[1] أو المواضعة هي أن يتظاهر أو يتواطئ شخصان على إبرام عقد صوري بينهما إما بقصد التخلص من اعتداء ظالم على بعض الملكية أو على إظهار مقدار بدل أكثر من البدل الحقيقي ابتغاء الشهرة والسمعة أو على تغطية اسم الشخص الذي يعمل لمصلحته باطنا (قضية الاسم المستعار) . أي أن المواضعة إما أن تكون في أصل العقد أو في مقدار البدل أو في الشخص .

مثال الحالة الأولي : أن يخاف إنسان اعتداء ظالم على بعض ما يملك فيتظاهر هو ببيعه لثالث فرارا منه ويتم العقد مستوفيا أركانه وشرائطه . ومثله أن يبيع المدين أمواله لتهريبها من وجه الدائنين أو عقد قروض صورية لبعض الناس لمزاحمة الدائنين الحقيقين أو إقرار المورث لبعض ورثته بدين لتفضيله في نصيب الأرث .

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٤ /١٩٣ بتصرف يسير .

" *ومثال الحالة الثانية* إعلان زيادة في المهر في عقد الزواج بعد الاتفاق سرا على مقدار المهر الحقيقي بقصد الرياء والسمعة والشهرة ، أو زيادة الثمن في عقد بيع العقار لمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة فلا يجب في هذه الحالة إلا المهر المتفق عليه سرا في عقد الزواج أو الثمن الحقيقي الذي تم به البيع ، وكل من الزواج والبيع صحيح.

ومثال الحالة الثالثة: تواطؤ اثنين على إخفاء وكالة سرية في عمل معين والتظاهر بأن الوكيل يعمل باسمه لمصلحته الشخصية أو انه هو الأصيل في العمل ثم يعلن أن اسمه مستعار ، وكأن يقر شخص بأن الدكان أو السند أو الأموال التي في يده هي لشخص آخر فيعد قوله إقرارا بالحق لذلك الشخص "

والمواضعة في إنشاء العقد الصوري تجعل العقد باطلا في حقيقة الأمر فلا يترتب عليه اثر وذلك لانتفاء الإرادة الباطنة وعدم توجه العاقدين إلي إنشاء العقد . جاء في بدائع الصنائع (إن تواضعوا في السر لأمر ألجأهم إليه على أن يظهرا البيع ولا بيع بينهما حقيقة ، وإنما هو رياء وسمعة نحو أن يخاف رجل السلطان فيقول الرجل إني أظهر أني بعت منك داري وليس ببيع في الحقيقة وإنما هو تلجئة فتبايعا فالبيع باطل في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف ومحمد ، لأنهما تكلما بصيغة البيع لا على قصد الحقيقة ، وهو تفسير الهزل ، والهزل يمنع جواز البيع ، لانه يعدم الرضا بمباشرة السبب فلم يكن هذا بيعا منعقدا في حق الحكم (١) ولوكانت التلجئة في الاقرار كأن يتفقا " على أن يقرا ببيع لم يكن ، فأقرا بذلك ، ثم اتقا على أنه لم يكن فالبيع باطل حتى لا يجوز بإجازتهما ، لان الاقرار إخبار ، وصحة الاخبار بثبوت المخبر به حال وجود الاخبار ، فإن كان ثابتا كان الإخبار صدقا ، وإلا فيكون كذبا، والمخبر به هنا وهو البيع ليس بثابت فلا يحتمل الإجازة ، لأنها تلحق الموجود لا المعدوم (٢) .

---

(١) بدائع الصنائع ٥/١٧٦ .

(٢) السابق ٥/١٧٧ .

وإن كانت التلجئة في البدل بأن اتفقا على عوض السر واظهرا بدلا غيره ، كما في المهر والثمن لمنع الشفيع ، فإن البدل الواجب هو بدل السر عند من يعملون الإرادة الباطنة ، وهم الجمهور، خلافا لمن يستندون إلي الإرادة الظاهرة الذين يوجبون البدل المعلن وهذا هو رأي أبي يوسف والإمام الشافعي .

أما المواضعة في الشخص أوقضية الاسم المستعار كأن يقول إن جميع ما في يدي من أموإلى ومتاعي هو لفلان وليس لي فيه علاقة يكون حينئذ قد وهب جميع أمواله وأمتعته لفلان ويلزم إذ ذاك تسليمها وقبضها. وإن قال جميع الأموال والأشياء التي نسبت لي ما عدا ثيابي التي على هي لفلان وليس لي فيها علاقة أصلا يكون قد نفي ملكه عن جميع الأموال والأشياء المنسوبة إليه ، أي التي قيل إنها له ، ما عدا ثيابه التي عليه وأقر بأنها لفلان(١). وكذا إذا قال واحد عن الدكان المملوك الذي هو في يده بموجب سند أنه ملك فلان وليس له فيه علاقة، والاسم المكتوب في الوثيقة هو مستعار أوقال عن دكان مملوك اشتراه من آخر انني كنت اشتريته لفلان والدراهم التي أعطيتها في ثمنه هي ماله أيضا وإنما كتب اسمي في السند على سبيل العارية يكون قد أقر أن الدكان في نفس الأمر ملك ذلك الرجل(٢) .

هكذا تسند أحكام العقد الصوري إلي المتعاقد الحقيقي إن ظهر الأمر فيما بعد بقرار أو وثيقة رسمية أو عرفية أو بقرينة . أما إن لم يظهر ذلك فلا مناص من إعمال العقد الظاهر أو الصوري .

ويجب التنبه مع ذلك إلي أن القصد الغير المشروع من الصورية يوجب بطلان العقد ، بناء على قاعدة سدا الذرائع المؤدية إلي الحرام ، وأن ما يؤدي إلي الحرام فهو محرم كذلك . ويتضح هذا في الهبات المستترة بعقد آخر كالبيع إن

---

(١) المادة ١٥٩١ من المجلة العدلية .

(٢) المادة ١٥٩٢ من المجلة العدلية .

كان القصد منها هو الإضرار بحقوق الورثة الواجبة لهم بمقتضي الشرع . ومنه كذلك الهبة المستترة بإقرار بدين للإضرار بالورثة أو بالغرماء .

ولا تعتبر مثل هذه التصرفات إلا نوعا من الاحتيال المناقض لما أراده الشرع .من ذلك ما يحدث من بعض الآباء حين يعمدون إلي بيع بعض عقاراتهم لأولاد هم الذكور بيعا صوريا لا يقصدون من ورائه إلا إلي منع بناتهم من المشاركة في بعض عناصر التركة ، وهو ما يؤدي إلي إيغار الصدور وإيحاش النفوس وإيقاع العداوة والبغضاء بين الإخوة والأخوات . ويحب لهذا تحريم مثل هذا التصرف ، بل وتجريمه والحكم بإبطاله(١) .ويبدو لي أن القاعدة التي يمكن استنباطها من مجموع كلام الفقهاء أنه إذا أبرم عقد صوري فإن الاتفاق المستتر هو الذي يجب إعماله إذا أمكن إثباته بأي دليل ويقضي بالتعويض لمن استضر بهذا العقد الصوري . أماإذا لم يمكن إثبات صورية العقد فلا مناص من ترتب أحكامه عليه .

---

(١) انظر رأي الشيخ محمود شلتوت وأمين عفيفي القاضي الشرعي نظرية الصورية في التشريع المصري دراسة فقهية وقضائية ومقارنة للدكتور أحمد مرز،وق، طبعة ١٩٥٨، ص ٤٤١ وما بعدها .

المبحث الثاني

تفسير العقود

ترجع أحكام تفسير العقود في القانون العراقي والأردني والإمارات العربية إلي عدد من القواعد المستمدة من الفقه الإسلامي بصفة عامة ومن القواعد المذكورة في مقدمة المجلة العدلية بصفة خاصة .أما القانون المدني المصري ، والسوري كذلك ، فلم يتبع هذا المسلك ولم يعن بقواعد التفسير هذه العناية ، واكتفي في المادتين ١٥٠، ١٥١ بالنص علي ثلاثة مباديء يستعان بها في تفسير العقد ، هي :

١- الوقوف عند ألفاظ العقد لا يتجاوزها المفسر ، إن كانت واضحة

٢- الرجوع إلي نية المتعاقدين في تفسير العقد إن لم تكن الألفاظ واضحة

٣- تفسير الشك في مصلحة المدين .

ويجب الالتفات إلي سرعناية هذه القوانين الثلاثة المذكورة بقواعد التفسير والنص عليها وفي تقديري أن الفوائد العملية للنص علي هذه القواعد التفسيرية عديدة من بينها :

١- استقرار العمل القضائي علي إعمال هذه القواعد نفسها ، وبخاصة في البلاد التي كانت تطبق أحكام المجلة العدلية .

٢- تزايد الحاجة إلي النص علي هذه القواعد بعد اتساع التخير من الذاهب الفقهية في الأحكام التفصيلية للعقود . ويضمن النص علي قواعد تفسيرها نوعا من الوحدة السارية في هذه الأحكام المتخيرة من منابع شتي

وأعراف متباينة ومذاهب متخالفة في النظر والاستدلال .

وأذكر فيما يلي قواعد التفسير الفقهية للعقود علي النحو الذي سارت عليه المجلة العدلية .

١-العبرة في العقود للقصود والمعاني لاللألفاظ والمباني :

مفاد هذه القاعدة أنه يتحتم علي القاضي أن يبحث عن نية المتعاقدين بالرجوع الي ألفاظها المستخدمة في التعاقد وإعمالها إن كانت واضحة ظاهرة في الدلالة علي هذه النية . أما إن كانت غير واضحة في دلالتها علي هذه النية فإن علي القاضي ألا يقف عند هذه النصوص لا يتجاوزها وإنما يجب عليه أن يعمل علي معرفة نوايا المتعاقدين ويحكم بإعمالها . ولا تفيد هذه القاعدة إهمال الألفاظ إن كانت واضحة في الدلالة علي قصود المتعاقدين ونياتهم ، لأن عمل هذه القاعده يختص بأحوال التعارض بين الإرادة الباطنة والظاهرة ، لا عند التطابق بينهما حيث يجب إعمال الألفاظ عندئذ .

ومن تطبيقات هذه القاعدة أن الهبة بشرط الثواب بيع ، كأن يقول له أهبك هذه السيارة هدية مني بعشرين ألف فقط ، وتجري أحكام البيع في مثل هذه المعاملة . وكذا فإن الكفالة بشرط براءة المكفول عنه من الدَّين حوالة للدين ونقل له الي ذمة الكفيل ، وتجري عليه أحكام الحوالة .

٢- الأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ علي المجاز إلا إذا تعذر حمله علي معناه الحقيقي :

الحقيقة هي استعمال اللفظ فيما نص عليه الشرع وعرفه به أو فيما وضع له في اللغة أو فيما يتبادر إلي الذهن منه . من ذلك لفظ الصلاة الذي يعد حقيقة شرعية في العبادة المخصوصة ، وكلفظ العقد في هذا النظام القانوني الشرعي الذي يرتب الحقوق والواجبات .

أما المجاز فهو استعمال اللفظ في غير معناه الحقيقي المستخلص من نص الشرع أو الوضع اللغوي أو الاستعمال العرفي المتبادر للذهن .

ومفاد هذه القاعدة أن المعني الحقيقي مقدم في العمل علي المعني المجازي ، وأنه لا يعدل عن المعني الحقيقي إلا إذا تعذر حمله علي هذا المعني فيصار إلي المجاز . وإنما يتعذر الحمل علي المعني الحقيقي بوجود القرائن الصارفة . ومن هذه القرائن المناقضة لمقصود الشرع أو لمقصود المتعاقدين أو لمقتضي العقل أو العادة .

ومن تطبيقات ذلك أنه لو تزوج امرأة علي ألا يسافر بها لم يحمل ذلك علي نفي السفر مطلقا ، وإنما يحمل علي السفر الذي لا تبيت فيه بمنزلها . ولو اتفقا في البيع علي ضمان العيوب انصرف ذلك الي العيوب الحادثة في يد البائع قبل انتقال المبيع الي المشتري ، ولا يجب الضمان للعيوب الحادثة في يد المشتري . ولو اتفقا علي تسليم المبيع كثلاجة في المنزل حمل ذلك علي وضعه داخل المنزل في أي مكان منه ، ولا يجب وضعها في المكان الذي أراده المشتري، وهو المطبخ مثلا ، إلا باتفاق آخر.

٣ - لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح :

معني هذه القاعدة أنه إذا تعارض التصريح والدلالة كان العمل بالتصريح ولا عبرة للدلالة. فإذا وهب شخص شيئا لآخر ، وقبضه الموهوب له في مجلس الهبة كان قبضه صحيحا وإن لم يأذنه الواهب ، لأن إيجاب الواهب إذن بالقبض دلالة . لكن لو نهاه الواهب عن القبض في مجلس العقد فلا يصح قبضه ، لانه لا عبرة للدلالة في مقابله التصريح . ولو تزوجت من غير كفء لم يحمل رضا المولي بانتقاله لزوجها في بيته أو بقائها عنده وشرائه الطعام والشراب لها وتكفله بنفقتها علي موافقته علي هذا الزواج إذا اتخذ هذا المولي إجراءات المخاصمة لفسخ هذا الزواج .

٤-إعمال الكلام أولي من إهماله لكن إذا تعذر إعمال الكلام يهمل (٦٠ ، ٦٢ عدلية) :

مفاد هذه القاعدة أن البائع والمشتري إذا اتفقا علي زيادة الثمن عشرين جنيها ثم اتفقا علي عشرين فإن مجموع الزيادة أربعون ، ولا يتمسك أحد بأن الزيادة عشرون فقط ، لأن إعمال الكلام أولي من إهماله . وكذا لو أعاره شيئا يهلك بالاستعمال كطعام واتفقا علي رد مثله فإنه لا يصلح أن يكون عارية ، ويحمل كلامهما علي قصد القرض بدلا من إهمال كلامهما . ولو اتفقا علي بيع الأرض الزراعية بتوابعها دخل فيها المخازن وآلات الري والحرث والماشية ، مالم ينص علي استثناء شيء من ذلك ، لان إعمال النص " توابع " خير من إهماله .

٥- ذكر بعض مالا يتجزأ كذكره كله (٦٣ مجلة) :

معني هذه القاعدة أن الأشياء التي لا تتجزأ تأخذ حكما واحدا ، فلو طالب الشفيع بالشفعة في نصف الدار المجاورة لمنزله كان قد أسقط حقه في نصفها الآخر ، ولا يتجزأ حقه في الشفعة فإذا أسقط بعضه فقد أسقطه كله . وكذا لو ظهر عيب بالمبيع أو بالمأجور فإن المشتري أو المستأجر إما أن يمضيا العقد أو يطالبا بفسخه وليس لهما الحق في إمضائه مع المطالبة بنقص البدل عن المتفق عليه . أما ما يتجزأ فقد يستقل جزؤه بحكم خاص به وحده ، كما لو كفل نصف دينه الذي عليه لفلان فإنه لا يحكم عليه بكفالته كله . وكذا لو أبرأ مدينه من نصف الدين فإنه لا يبرأ إلا من نصف هذا الدين .

ولو باع سيارة بشرط البراءة من العيوب المتعلقة بالمحرك لم يضمن هذا النوع من العيوب ويضمن ما عداها .

٦ - المطلق يجري علي إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة (٦٤ مجلة)

المطلق هو اللفظ الدال علي ذات أو شيء دون تقييد بوصف ، كما إذا أعطي رجل ماله مضاربة يتاجر فيه ، دون أن يعين له سلعة أو مكانا أو شروطا خاصة ، فتعد هذه المضاربه مطلقة ، وللمضارب أن يعمل في أي شيء . أما إذا قيده بالعمل في تجارة معينة كاستيراد السلع الكهربائية أو الثياب لم يكن له أن يتجاوز ذلك إلي غيره . وكذا لو وكله بشراء " شقة " يتخذها مكتبا لتجارة معينة فإنه يتقيد بالمكان الذي يروج فيه اتخاذ المكاتب لمثل هذه التجارة ، وهذا بدلالة العرف . ولو أعطاه مالا وديعة تقيد في حفظه بما يحفظ الناس أموالهم في العرف والعادة .

٧-الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر (٦٥ مجلة) :

معناه أن وصف المعقود عليه الحاضر في مجلس العقد والذي يشاهده العاقد بنفسه ويستطيع أن يتأكد مما يقال له غير معتبر ، حتي لا يترتب علي مخالفة هو الوصف أي حكم . أما وصف المعقود عليه الغائب عن مجلس العقد والذي يعتمد عليه الطرف الآخر في العلم بهذا المعقود عليه والرضا به فإن أي خلاف عنه يؤثر في الحكم . ولذا لو وصف سيارته المبيعة ، وهي في مجلس العقد ، بكونها سوداء ، وليست كذلك ويراها المشتري فإنه لا يحق له أن يطالب بفسخ العقد لمخالفة الوصف ، لأنه قد رآها ورضي بها . أما لو لم تكن موجودة في مجلس العقد فإن مخالفة الوصف تعطي المشتري الحق في إمضاء العقد أورده

وتخصص هذه القاعدة عمل القاعدة السابقة ، فإن التقييد بالوصف لا يؤثر في الحكم إذا جري هذا التقييد في العين الحاضرة .

٨- العادة محكمة عامة كانت أو خاصة (٣٦ مجلة)

العادة عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة في الطباع السليمة . وأصل هذه القاعدة قوله صلي الله عليه وسلم : « مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن . » وقد جاء في المجلة تطبيقا علي هذه القاعدة في المادة ١٨٠ أن « البيع بشرط متعارف عليه وهو الشرط المرعي في عرف البلدة صحيح والشرط معتبر » . ولذا لو باع الثمر علي الشجر وكان بعضه قد نضج وشرط بقاءه إلي حين نضوج سائره فإن هذا الشرط يصح علي قول محمد بن الحسن الشيباني والمالكية مراعاة للعرف . ولو اشتري شيئا والعادة تغليفه وربطه وتوصيله إلي المنازل وجب علي البائع ذلك ، وليس له أن يأخذ أجرة عليه . ولو اشتري شيئا يحتاج إلي تركيب وكانت العادة أن البائع يقوم بهذا دون اتفاق عليه وجب علي البائع القيام بتركيبه طبقا للعادة[١] .

٩- التابع تابع « والتابع لا يفرد بالحكم » و« إذا سقط الأصل سقط الفرع »

مفاد هذه القواعد أن التابع لا يستقل بالحكم ولا يؤثر في شئ . ولذا لو

---

(١) في المجلة عدد من القواعد المتفرعة عن المادة المذكورة ومنها :

« استعمال الناس حجة يجب العمل بها » (م ٣٧ مجلة) .

« الممتنع عادة كالممتنع حقيقة » (م ٣٨ مجلة) .

« لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان » (م ٣٩ مجلة) .

« الحقيقة تترك بدلالة العادة » (م ٤٠ مجلة » .

« إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت » (م ٤١ مجلة) .

« العبرة للغالب لا للشائع النادر » (م ٤٢ مجلة) .

« المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » (م ٤٣ مجلة) .

« المعروف بين التجار كالمشروط بينهم » (م ٤٤ مجلة) .

« التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » (م ٤٥ مجلة) .

باع السيارة وأخذ الفرش الموجود في أرضيتها أو غطاء كراسيها أو الأدوات التي تنفصل عنها ولا تعد من ضروراتها لم يملك المشتري أن يطالب بنقصان شئ من الثمن مقابل أخذ هذه الأشياء، وقد نص الفقهاء علي أنه لو أخذ خطام البعير المبيع أو الحبل الذي تربط به الدابة لم يكن للمشتري المطالبة بنقص شيئ من الثمن مقابله . أما ماهو من ضرورات المبيع كالإطار الاحتياطي في السيارة والرافعة اللازمة لتبديل الإطارات فإنه يقابل بشيء من الثمن ، ولو لم يسلمه البائع حق للمشتري المطالبة بما يقابله تطبيقا للقاعدة المذكورة في المادة ٤٩ من المجلة ، ونصها : « من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته . فمن اشتري دارا ملك الطريق الموصل إليها » .

١٠- « من سعي في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه (م١٠٠ مجلة) :

معني هذه القاعدة أن من يفعل فعلا أو يتصرف تصرفا فإن عليه أن يتحمل ما يتولد عنه من نتائج ومسئوليات . فمن يعقد عقدا يجب عليه الوفاء به ، ولا يحق له أن يمتنع عن الوفاء به . وكذا من واعد غيره مواعدة دخل بسببها في شيء من الالتزامات والتعهدات وجب عليه الوفاء بما وعد .وإلا يتحمل الضرر الذي تسبب فيه بغروره . ومن تطبيقات ذلك أنه إذا وهب أرضه الزراعية لأحد لقاء تكفله بمعيشة الواهب والإنفاق عليه ، وتعهد الموهوب له بهذا لم يكن له أن يرجع في اتفاقه هذا إلا أن يرد إليه أرضه . وكذا لو وكل رجلا ببيع داره فباعها الوكيل ، وهو شفيعها ، لم يكن له أن يطالب بالشعفة لنفسه ، لأنه سعي في نقض ما تم من جهته . ولو تعيب المبيع في يده لم يكن له أن يطالب برده كذلك، لأنه تعيب بسبب يعود إليه ويدخل في ضمانه .

١١- « اليقين لا يزول بالشك (م ٤ مجلة) :

اليقين هو الجزم المستند إلي دليل يفيده . أما الشك فهو تجويز أكثر من

احتمال في القضية المطروحة ، لتعارض الأدلة . ومعني هذه القاعدة أن ما كان ثابتا ومتيقنا في الأصل لا يزول بوجود ما يفيد الشك فيه من الأدلة والقرائن ، لأن ما ثبت بيقين لا يزول إلا بيقين مثله . ويتفرع علي هذه القاعدة أن الأصل براءة الذمم من الديون والالتزامات إلا أن تثبت هذه الديون والالتزامات بدليل يقيني أو يفيد غلبة الظن . ولذا فإن من يدعي علي شخص أنه مدين له بألف لم تقبل هذه الدعوي إلا بوجود دليل يؤيدها . ولو كان مدينا بألف وبرهن علي الوفاء للدائن ، ووافقه الدائن علي ذلك ، لكنه ادعي عليه ألفا أخري ، مؤكدا أنها غير الألف التي وفي بها لم يقبل قوله إلا بدليل يؤيده . وتقابل هذه القاعدة ما جاء في المادة ١٦٦ مدني مصري من أن « الشك يفسر لمصلحة المدين » . وقد ذكر ابن نجيم قاعدة متفرعة عن قاعدة اليقين لا يزول بالشك ، هي أن « الأصل براءة الذمة » ويوضحها ببيان أنه يفرض فيمن يدعي عليه بالدين أنه برئ الذمة حتي يقيم من يدعي الدين الدليل القاطع علي أن له دينا في ذمته ، وإذا كان هناك شك في مديونية المدين استصحب براءة ذمته وفسر الشك في مصلحته (١) .

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٢٩ .

الفصل السابع

ضمان العقد

تعريف ضمان العقد :

الضمان هو المسئولية ، تقول : فلان ضامن لكذا ، أي مسئول عنه. وقد استخدم الفقهاء كلمة الضمان بمعني الكفالة التي تنشأ فيها المسئولية علي نحو اتفاقي تبرعي ، لأن الكفالة لا تقابل بالمال في الفقه الإسلامي . والكفالة مسئولية من نوع خاص فهي ضم ذمة الكفيل الضامن إلي ذمة الأصيل الذي نشأ الدين في ذمته أولا ، ثم كفله آخر ليقوي أداء الدين. ويطلق الضمان في الفقه كذلك علي هذه المسئولية الناشئة من مخالفة واجب شرعي أو ارتكاب محرم .

وينقسم الضمان بهذا المعني إلي قسمين كبيرين :

أولهما : ضمان العقد ، وهو المسئولية الناشئة عن مخالفة أحكام العقد أو شرط من شروطه . ذلك أن الله أوجب الوفاء بالعقود ، فإذا خالف أحد العاقدين ولم يف بواجبه العقدي وترتب علي ذلك ضرر لحق بالطرف الآخر فإنه يضمن هذا الضرر .

والثاني : *ضمان العدوان* ، وهو المسئولية الناشئة عن مخالفة حكم شرعي عام ألزم به الشارع مما يتعلق باحترام حقوق الآخرين في نفوسهم وأعراضهم وأموالهم ؛ فإذا أخذ شخص مال غيره غصبا أو تسبب في إتلافه وجب عليه الضمان بتعويضه عن الضرر الذي تسبب فيه .

ويتفق اصطلاح " الضمان " بوجه العموم مع مصطلح" المسئولية المدنية " كما يتفق التقسيم للمسئولية إلي مسئولية عقدية ومسئولية تقصيرية مع التقسيم الفقهي للضمان إلي ضمان عقد وضمان عدوان . وقد أحسن الذين استخدموا مصطلح ضمان العقد في القانون المدني العراقي (المواد ٨٩ وما بعدها) ، وذلك للدلالة علي مايدل عليه مصطلح المسئولية العقدية .

ويثير ضمان العقد مسائل معقدة علي جانب كبير من الأهمية في الفقه الإسلامي . ولن أتعرض لهذه المشاكل إلا بقدر ما يساعد علي توضيح مفهوم هذا النوع من الضمان بشكل عام .

وجوب الوفاء بالعقود :

أوجب الشرع الوفاء بالعقود في نصوص عديدة تفيد مسئولية كل امرئ عما يعد به . ولعل أجمع ما جاء في هذا المعني قوله تعالي (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) ، ومفادها كما جاء في تفسير المنار أن " كل قول أو فعل يعده الناس عقدا فهو عقد يجب أن يوفوا به . كما أمر الله تعالي ، ما لم يتضمن تحريم حلال أو تحليل حرام . مما ثبت في الشرع

كالعقد بالإكراه أو علي إحراق دار أحد أو قطع شجر بستانه أو علي الفاحشة أو أكل شيء من أموال الناس بالباطل كالربا والميسر والرشوة [1]» . ولا يخلو الواجب كما يشير ابن تيمية عن أن يكون قد وجب بالشرع أو بالشرط الذي عقده المرء باختياره [2] . ويجب الالتفات إلي كثرة النصوص القرآنية الواردة في بيان وجوب الوفاء بالعقود والعهود. من ذلك :

★ (وإذا قلتم فاعدلوا ولو كان ذا قربي وبعهد الله أوفوا) .

★ (وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا) .

★ (ولقد كانوا عاهدوا الله من قبل لا يولون الأدبار وكان عهد الله مسئولا) .

★ (وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها) .

وقد أوجب الله علي المسلمين الوفاء بعهودهم التي يبرمونها مع غيرهم[3] وأوجب النبذ أعدائهم على سواء إن خيفت خيانتهم ، والنبذ هو الإعلان الواجب عن الرغبة في إنهاء المعاهدة . ويمتدح الله عز وجل المسلمين في مناسبات عديدة بخلق الوفاء بالوعد[1] ، وذم اليهود الذين إذا

---

(١) تفسير المنار ١٢١/٦ .

(٢) القواعد النورانية الفقهية ص ٢١٧ .

(٣) الأنعام : ١٥٢.

(٤) الإسراء : ٣٤ .

(٥) الأحزاب : ١٥ .

(٦) النحل : ٩١ .

(٧) التوبة ٤-٧ .

أقاموا عهدا نبذه فريق منهم . (٢)

وفي السنة النبوية التنبيه إلي وجوب الوفاء بالعقود ، يقول ﷺ « المسلمون علي شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا» . وإجماع الفقهاء علي وجوب الوفاء بالعقود ، وأن هذا الوجوب هو المقصود من شرعها .

والقاعدة الفقهية أنه يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان . (٣)

ومفاد هذا الوجوب الشرعي للوفاء بالعقود وأحكامها أن واجب المتعاقدين هو تنفيذ العقد في كل ما اشتمل عليه ، إلا أن يتفق الطرفان علي تعديل أحكام العقد أو إنهائه بالإقالة منه .

ويجدر لمعرفة الالتزامات الواجبة بالعقد أن نشير إلي أنواعها المختلفة علي نحو موجز ، وذلك بتقسيمها إلي :

١- نقل الملك

٢- نقل المنفعة

٣- الالتزام بعمل

٤ - التوثيق

١- نقل الملك :

---

(١) الرعد : ٢٠ والمؤمنون :٧ .

(٢) البقرة : ١٠٠ .

(٣) المادة ٨٣ من المجلة العدلية .

يترتب علي عقد البيع والهبة انتقال الملك للأعيان من البائع والواهب إلي المشتري والموهوب له . ويفترقان في أن البيع عقد معاوضة وأن الهبة عقد تبرع . لهذا فإن عقد البيع يحصل به نقل ملكية المبيع إلي المشتري والثمن للبائع فور حصول العقد الصحيح النافذ اللازم ، أما الهبة فهي تمليك بلا عوض ، ولا يثبت ملك الموهوب له في العين الموهوبة إلا بالقبض، وإذا مات أحدهما قبل القبض بطلت الهبة [1] . أما في مذهب مالك فتجوز الهبة وينتقل بها الملك وتلزم الواهب ويجبر عليها دون قبض ، جاء في الخرشي : « الشيء الموهوب يحاز عن واهبه ولو لم يأذن في ذلك، فإن أبي الواهب فإنه يجبر علي حيازته للموهوب له . لأن الهبة تمليك بالقول علي المشهور » [2]

وتنتقل ملكية الأعيان بالصلح فيها وقسمتها .

٢- نقل المنفعة :

تنتقل المنافع بمعاوضة ، كالإجارة ، وبغير معاوضة كالعارية .

ويجب علي المؤجر تسليم المأجور وعدم التعرض للمستأجر في استيفائه المنفعة المتفق عليها مدة الإجارة ،كما يجب علي المستأجر دفع الأجرة والعناية بالعين المستأجرة كعنايته بملكه ، وليس له إحداث أي تغيير فيها بدون إذن المالك . وتفسخ الإجارة إذا لم يمكن استيفاء المنفعة

---

(٤) مرشد الحيران المواد ٧٣ الي ٨٣ وبدائع الصنائع ٥ / ٢٤٣ والمهذب ١ / ٤٤٧ والمغني ٥ / ٥٩١ وما بعدها .

(١) الخرشي ٧/ ١٠٥ .

أو ينقص من الأجرة بقدر ما فات من المنفعة للأعذار والظروف الطارئة كما تقدم . ويلتزم المستأجر بتنفيذ الشروط المتفق عليها .

أما العارية فقد تكون مطلقة أو مقيدة ، ويتقيد المستعير بما قيده به المعير من شروط . وللمعير أن يسترد العارية في أي وقت يشاء حتي لو كانا قد اتفقا علي مدة معينة لها .

٣-الالتزام بعمل معين :

يترتب علي عدد من العقود وجوب الوفاء بعمل معين كالالتزام بتسليم المبيع والثمن في البيع ومحل المنفعة والأجرة والعمل المعقود عليه في الإجارة والحفظ في الوديعة بما يحفظ الناس أموالهم ، وتتقيد الوكالة طبقا للمتفق عليه .

٤- التوثيق للديون :

شرعت بعض العقود لتوثيق الالتزامات الديون ، وهي الكفالة والحوالة والرهن . أما الكفالة فقد تقدم أنها ضم ذمة الكفيل إلي المدين الأصيل في المطالبة بالدين . ويستطيع الدائن أن يطالب أيا منهما . أما الحوالة فإنها تفيد التوثيق كذلك ويتضح هذا علي رأي زفر الذي لا تبعد الحوالة عنده عن أن تكون ضم ذمة المحال عليه إلي ذمة المحيل في المطالبة بالدين . وتفيد الحوالة توثيق الدين كذلك علي رأي محمد القاضي بحق الدائن في الرجوع علي المحيل إن تعذر استيفاء دينه من المحال عليه. أما الرهن فهو حبس المال في يد الدائن (المرتهن) قصدا إلي إمكان استيفاء الدين من قيمة المرهون .

تنفيذ المعقود عليه جبرا علي الممتنع :

يجب علي العاقدين تنفيذ المعقود عليه وما اشترطاه ، ولا يستقل أحدهما بتعديل العقد أو فسخه ، لما دلت عليه النصوص السابقة الذكر والقاضية بوجوب الوفاء بالعقود . فإذا لم يقم العاقد بتنفيذ التزامه جاز للطرف الآخر إجباره عليه . ويمكن ذلك بأخذ المعقود عليه جبرا عنه إن كان معينا ، كما لو كان المبيع سيارة لايرضي البائع بتسليمها فتؤخذ جبرا عنه . وكذا لو كان مدينا بألف ، وله مال ، يؤخذ ذلك من ماله .

وقد يلجأ في جبر المدين إلي التنفيذ علي حسابه ، كما لوكان موضوع الالتزام إصلاح حائط ولم يأت العامل لإصلاحها فلصاحب الحائط أن يصلحها علي حساب العامل الممتنع عن الوفاء بالعقد . يشهد لهذا قول ابن قدامة : « إن كانت الإجارة علي موصوف في الذمة كخياطة ثوب أو بناء حائط أو حمل إلي موضع معين استؤجر من ماله من يعمله . كما لو أسلم إليه في شيء فهرب ابتيع من ماله ؛ فإن لم يمكن ثبت للمستأجر الفسخ ، فإن فسخ فلا كلام وإن لم يفسخ وصبر إلي أن يقدر عليه فله مطالبته بالعمل ، لأن ما في الذمة لا يفوت بهربه»[1]

ومن هذا النص يتضح أن للدائن إجبار الممتنع علي الوفاء بالعقد بالتنفيذ العيني المباشر ؛ فإذا كان قد اشتري منه مائة اردب قمحا في عقد سلم كان للدائن أن يشتري هذا المبيع " المسلم فيه " علي حساب البائع ، وهذا هو معني قوله في النص السابق : " لو أسلم إليه في شيء

---

(١) المغني ٥/٤٥٢ .

فهرب ابتيع من ماله " . ومن هذا الجنس ما لوكان قد استأجره في عمل معين وامتنع عن الوفاء به فإن للدائن أن يستأجر علي المدين من ماله شخصا آخر يقوم بالعمل . وللدائن أن يصر علي انتظاره إن كانت شخصية الأجير محل اعتبار عنده .

ويجوز إجبار المدين علي التنفيذ بحبسه إلجاء إلي تنفيذه وحملا له علي هذا التنفيذ . يقول ابن قدامة : « من وجب عليه حق فذكر أنه معسر به حبس إلي أن يأتي ببينة تشهد عسرته »[1] ويقول أيضا : « من وجب عليه دين فطولب به ولم يؤده نظر الحاكم (القاضي) فإن كان بيده مال ظاهر أمره بالقضاء .. وإن لم يجد له مالا ظاهرا فادعي الإعسار فصدقه غريمه لم يحبس .. لأن الحبس إما أن يكون لإثبات عسرته أو لقضاء دينه، وعسرته ثابتة والقضاء متعذر فلا فائدة في الحبس . وإن كذبه غريمه فلا يخلو إما أن يكون عرف له مال ظاهر أو لم يعرف . فإن عرف له مال.. فالقول قول غريمه مع يمينه ، فإذا حلف أنه ذو مال حبس حتي تشهد البينة بإعساره[2] »

وإنما رأي جواز الحبس للقادر علي الوفاء بالدين المماطل لحمله

---

(١) السابق ٤/٥٠٢

(٢) السابق . وقد جاء في المغني فيما يتعلق بما إذا كان المعقود عليه نقلا لبعض الاشياء من مكان لآخر بالاتفاق مع جمّال (صاحب جمال) أنه إن هرب بجماله فينظر « فإن لم يجد المستأجر حاكما (قاضيا) أو وجد حاكما ولم يمكن إثبات الحال عنده ، أو أمكن الإثبات عنده ولا يحصل له ما يكتري به ما يستوفي حقه منه فللمستأجر فسخ الإجارة ، فإنه تعذر عليه قبض المعقود=

علي الوفاء . أما غير القادر علي الوفاء فلا يجوز حبسه . والأصل في ذلك قوله ﷺ: « لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته »

= عليه ، فأشبه ما لو أفلس المشتري أو انقطع المسلم فيه عن محله . فإن فسخ العقد وكان الجمال قد قبض الأجر كان دينا في ذمته . وإن اختار المقام علي العقد وكانت الإجارة علي عمل في الذمة فله ذلك . ومتي قدر علي الجمّال طالبه به . وإن كان العقد علي مدة انقضت في هربه انفسخ العقد بذلك . وإن أمكنه إثبات الحال عند الحاكم وكان العقد علي موصوف غير معين لم ينفسخ العقد ويرفع الأمر إلي الحاكم ويثبت عنده حاله فينظر الحاكم فإن وجد للجمال مالا اكتري به له وإن لم يجد له مالا وأمكنه أن يقترض علي الجمال من بيت المال أو من غيره ما يكتري له به فعل . فإن دفع الحاكم المال إلي المكتري ليكتري لنفسه به جاز في ظاهر كلام أحمد . وإن اقترض عليه من المكتري ما يكري به جاز وصار دينا في ذمة الجمال .

« وإن كان العقد علي معين لم يجز إبداله ولا اكتراء غيره ، لان العقد تعلق بعينه فيتخير المكتري بين الفسخ أو البقاء إلي أن يقدر عليه فيطالبه بالعمل .

« الحال الثاني إذا هرب الجمال فترك جماله فإن المكتري يرفع الأمر إلي الحاكم فإن وجد للجمال مالا استأجر به من يقوم مقام الجمال في الإنفاق علي الجمال والشد عليها وحفظها وفعل ما يلزم الجمال فعله فإن لم يجد غير الجمال وفيها فضل عن الكراء (أي المعقود عليه) باع بقدر ذلك وإن لم يكن فيها فضل أو لم يمكن بيعه اقترض عليه الحاكم كما قلنا .

« وإن ادان من المكتري أو أنفق جاز ، وإن أذن للمكتري في الإنفاق من ماله بالمعروف ليكون دينا علي الجمّال جاز ، لأنه موضع حاجة وإذا رجع الجمّال واختلفا فيما أنفق نظرنا فإن كان الحاكم قدر له ما ينفق قبل قوله في قدر ذلك وما زاد لا يحتسب به ، وإن لم يقدر له قبل قوله في قدر النفقه بالمعروف لأنه أمين ، ومازاد لا يرجع به لأنه متطوع « المغني لأبن قدامة ٥١٨/٥ ويشتمل هذا النص علي الاحكام التاليه :

أ- جواز إقدام الدائن المتضرر من الامتناع عن تنفيذ العقد علي فسخه إذا

الضمان بمخالفة شروط العقد :

لا ينشأ الضمان باجتناب المحرم في الشريعة الاسلامية ولا بأداء الواجب وإنما ينشأ الضمان بارتكاب ما هو محرم شرعا أو بعدم أداء الواجب . ولذا فإن الطبيب الذي يبذل جهده في العناية بمريضه لعلاجه لا يضمن ما ينشأ من ضرر . أما إذا قصر في أداء واجبه فإنه يعد مرتكبا لخطأ عقدي ينشأ عنه الضمان . ولو استأجر راعيا وفعل ما وجب عليه ، لكن عدا الذئب علي شاة من الغنم فإن الراعي لا يضمن . أما لو قصر في عمله أو تجاوز كأن (ضرب شاة ففقأ عينها أو كسر رجلها ضمن ، لأنه ... يضمن بالخلاف ، وقد خالف لأن الضرب غير داخل فى الإجارة[1] . والقاعدة في ذلك : أن كل فعل قيل فيه ليس للمستأجر أن يفعله فإنه يضمن ما تلف بفعله . ولا تظن أنها منحصرة بالمستأجر، بل هى اصل شامل لجميع مسائل الضمان فى جميع الأبواب[2] . وتعنى هذه القاعدة أن الخطأ هو السبب فى وجوب الضمان على نحو عام . وإنما يوجب الخطأ او المخالفة للعقد الضمان اذا اجتمعت الشروط التالية :

١- ان تكون المخالفة أكثر إيقاعا للضرر فى العادة من الموافقة . فلو

انقضت مدة العقد ، أو إذا لم يتمكن من التنفيذ لعدم وجود القاضي أو للعجز عن اثبات الحالة

ب- للطرف المتضرر المطالبة بجبر الممتنع علي الوفاء بالتنفيذ عليه من ماله الخاص أو من ماله هو ، أو ببيع بعض أموال المدين للتنفيذ منها أو بالاقتراض عليه .

ج- التقيد في تقدير الواجب علي الممتنع بحكم القاضي أو بما يوجبه العرف .

(١) مجمع الضمانات ٢٩

(٢) السابق ١٣

استأجر سيارة ليحمل عليها عشرة أطنان فحمل تسعة وانكسرت لم يضمن . جاء فى مجمع الضمانات : أصله ان المستأجر اذا خالف فى المشروط، فإن كان ضرر المحمول مثل ضرر المشروط او أقل فلا شئ عليه ، لأن الراضى بأكثر الضرر يكون راضيا بأقله أو بما يماثله دلالة . وإن كان ضرر المحمول أكثر من ضرر المشروط ..ضمن [١]». وكذا لو استأجر دابة للحمل فله أن يركبها ، لكن إن استأجرها للركوب فليس له ان يحمل عليها لان ضرر الحمل اكثر من ضرر الركوب[٢] .

٢- أن يكون متعديا فى هذه المخالفة بمجاوزته المألوف المعتاد أو بإهماله .. فلو استأجر سيارة لقضاء مصالحه فى المدينة لم يكن له أن يسير بها فى الطرق الغير المهدة ، كما أنه لايحق له أن يتركها فى الأماكن الغير الأمنة . جاء فى مجمع الضمانات أن المستأجر لو خالف شروط المؤجر بأن بين له طريقا فأخذ طريقا آخر ان كان يسلكه الناس لايضمن[٣].

٣- أن يكون الشرط الذى اشترطه المؤجر مفيدا ؛ فلو أجره دارا على أن يسكنها وحده لم يكن للمسنأجر أن يسكن أحدا معه إذا كانت مرافق الدار تتأثر بكثرة السكان ، وإلا جاز له أن يسكن غيره معه، ولا يكون مخالفا ، لأن الشرط لا يكون مفيدا . ومنه أن يشترط

---

(١) السابق١٢
(٢) السابق١٣
(٣) السابق٦٩

المودع حفظ الوديعة فى مكان معين من الدار فإن الشرط يلزم إذا كان مفيدا فى الحفظ .

٤- ألا يوافق المالك على هذه المخالفة تصريحا أو دلالة. وتفريعا على ذلك فإن رب المال إذا قيد المضارب بالتجارة فى صنف ثم رآه يتجر فى غيره ولم يعترض كان موافقا دلالة ، ولا تعد هذه مخالفة من المضارب ، لأن الإذن ، ولو دلالة ، ينافى الضمان .

٥- حدوث الضرر من المخالفة وتسببها فيه . بناء عليه لا ينشأ الضمان إذا لم يحدث ضرر مطلقا او حدث بامتناع الطرف الآخر عن تنفيذ العقد على نحو أدى الى عدم خروجه لعمله وتضرره بهذا . أما الضرر الملتزم بالعقد فإنه يكون من ضمان المتعاقدين . من ذلك هلاك المأجور وسرقة الوديعة وهلاك الرهن فى يد المرتهن .

التعويض بالامتناع عن تنفيذ العقد :

اتضح إيجاب الشرع للوفاء بالعقود ، وحق كل من العاقدين فى إجبار الطرف الآخر على نتفيذ العقد ، ما لم ينشأ عذر من الأعذار المبيحة للفسخ أو يتفقا على الفسخ ، وبقيت الاشارة إلى حق الدائن فى التعويض عن الأضرار التى تحدث له من جراء امتناع الطرف الآخر عن الوفاء بالعقد وتنفيذه . توضيحه أنه إذا اتفق مع طبيب على إجراء جراحة له ولم يحضر الطبيب إلى المستشفى فى الوقت المتفق عليه دون عذر ، وأدى ذلك الى الإضرار بالمريض فى بدنه أو ما له ، فهل يحق للمريض أن يطالب الطبيب بالتعويض عن الضرر الذى لحق به ؟

لعل فى استعراض آراء بعض الأعلام المحدثين من المشتغلين بالفقه الإسلامى ما يعين على توضيح الإجابة عن هذا السؤال.

رأى الشيخ على الخفيف:

يذهب المرحوم على الخفيف ، وهو أحد أعلام الدراسات الفقهية الحديثة إلى أن أحكام الفقه الإسلامى فى الامتناع عن الوفاء بالعقود لا توجب التعويض عن الضرر الناشئ عن هذا الامتناع . ويوضح نظرته هذه بالتفريق بين أن يكون المضمون بالعقد مالا أو عملا ؛ فإنه إذا كان المضمون مالا فعلى الضامن الوفاء بما شغلت به ذمته من مال إلى مستحقه ، فإذا امتنع أجبره القاضى على ذلك ونفذ على ماله بالطرق المشروعة فى التنفيذ على المدين للوفاء بالدين . وإذا ظهر إعساره فنظرة إلى ميسرة ، وليس عليه تعويض جزاء تأخير الوفاء ، وإن ترتب على ذلك ضرر بالدائن . أما إذا كان المضمون عملا ، كما فى التزام الأجير القيام بفعل معين ، وكما فى الالتزام بتسليم العين فإن الضامن يجبر على العمل الملتزم به ويحمل عليه بما يراه الحاكم (القاضي) من تعزير ، جزاء على ظلمه ، وليس عليه تعويض بسبب ماترتب على تأخير الوفاء من ضرر . ذلك لأن وجوب التضمين بالمال إنما يكون فى ضرر مالى أصاب المضرور، وذلك بتلف بعض ماله أو نقص قيمته بفعل ضار . أما الضرر الذى لا يتمثل فى فقد مال كان قائما فلا يرى الفقهاء فيه تعويضا . غير أنهم نصوا على أن الأجير إذا امتنع عن القيام بما التزم به من عمل فترتب على ذلك تلف مال لمن استأجره وكان عمل الأجير وقاية له فإنه يلتزم بالتعويض ، وذلك بأداء قيمة ما تلف ؛ فلو استأجر إنسان آخر

لترميم جدار ، فامتنع عن ذلك فترتب على امتناعه سقوط الجدار ، أو استأجر أجيرا ليقيم له حاجزا على حافة مزرعته ليمنع طغيان النهر عليها ثم امتنع فتسبب عن امتناعه طغيان الماء عليها وتلف ما فيها من زرع فإن الأجير يلتزم بالتعويض عن سقوط الجدار وما نشأ من طغيان الماء على المزرعة ، وإن لم يكن ذلك من قبيل ضمان العقد ، بل من ضمان الإتلاف عندهم . ومن ذلك يتضح ان هذا الباحث الجليل ينسب إلى الفقهاء المسلمين أنهم لايوجبون التعويض عن الضرر الناشئ من عدم تنفيذ العقد ، اكتفاء بقواعد التنفيذ الجبرى التى تسوغ للمتضرر الرجوع إلى القضاء لإجبار الممتنع على الوفاء بشروط التعاقد، ومستندا فى تحليله هذا إلى أن الضرر الذى يجوز التعويض عنه فى الفقه هو الضرر الذى يصيب أعيان الأموال القائمة ، وذلك خلافا للنظر القانونى الذى يتوسع فى مفهوم الضرر . ومع ذلك فإن الفقهاء المسلمين فى رأى هذا الباحث يثبتون حق التعويض للمتضرر من عدم تنفيذ العقد إذا تعلق الضرر بماله، وكان الضرر نتيجة لعدم التنفيذ ، ولكن هذا الحق فى التعويض الذى أثبته الفقهاء لايدخل فى ضمان العقد وإنما هو من قبيل ضمان الإتلاف [1] .

وقد تابعه فى هذا الرأى الدكتور فتحى الدريني إذ يقول : أما تأخير تنفيذ الالتزام ، فيما إذا كان محل العقد أو محل الالتزام عملا كالأجير المشترك أو الخاص[2] ، أو تسليم المبيع إلى المشترى عند أدائه

---

(١) الضمان في الفقه الاسلامي للشيخ علي الخفيف ١/١٧ و١٨

(٢) الأجير المشترك هو الذي يتقبل الأعمال من الناس جميعا ، كالكواء والخياط والمقاول ، أما الأجير الخاص فهو الذي لا يعمل إلا لشخص أو هيئة كالموظف والخادم .

الثمن ، فلا يقابل هذا التأخير بتعويض مالى؛ إذ التعويض المالى فى الشرع إنما يعنى قيام مال بدل مال أتلف ، وتأخير التنفيذ ليس بمال فلا تعويض فيه ، لأنه ضرب من أكل أموال الناس بالباطل . وعلى هذا فالمسئوليه العقدية فى القانون لاتعنى ضمان العقد فى الفقه الإسلامى[٣] ، ويقوم هذا الرأى علي نفي الترادف بين مفهوم ضمان العقد فى الفقه وبين مفهوم المسئولية العقدية فى القانون .

تعقيب :

ينحصر تعليقى علي هذا الرأى السابق فى الملاحظات التالية :

١- لا ترادف بين ضمان العقد فى الفقه وبين المسئوليه العقدية فى القانون ، غير أن هذا لا يعنى نفى التعويض عن الأضرار الناشئة من عدم تنفيذ العقد فى الفقه .

٢- فتح باب التنفيذ الجبرى لا يكفى لرفع الضرر في الظروف المختلفة.

٣- ضمان العقد ليس هو قسيم ضمان الإتلاف ، حتى يصح إخراج بعض أحوال الضمان من الأول لإدخاله فى الثانى ، وإنما المقابل لضمان العقد هو ضمان العدوان فيما يستخلص من مجموع كلام الفقهاء ونصوصهم . ويترتب على هذا أن بعض أحوال الإتلاف تدخل فى ضمان العقد على حين يدخل بعضها الآخر فى ضمان

---

(٣) النظريات الفقهية للدكتور فتحي الدريني ص ٢٢٦ .

العدوان ومعيار التفريق هو نوع الخطأ وكونه خطأ عقديا نشأ عن مخالفة أمر واجب الوفاء به ، أو أنه خطأ بمخالفة حكم شرعى عام ، فإن كان الأول فهو ضمان عقد ، وإن كان الثانى فهو ضمان عدوان .

رأى السنهورى :

بحث المرحوم السنهورى موضوع المسئولية العقدية فى الفقه بشئ من البسط والتوسع فى كتابه القيم : مصادر الحق في الفقه الإسلامى ، وتتألف عنده ملامح نظرية المسئولية العقدية فى الفقه من الملامح التالية :

أ- الأركان التى تقوم عليها المسئولية العقدية فى القانون ، وهى الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين كل من الخطأ والضرر هى ذات الاركان الموجبة لهذه المسئولية فى الفقه .

ب - الخطأ العقدى هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الواجبة بالعقد بدون عذر يبرر ذلك ويصلح أن يكون دافعا للضمان . ولا فرق فى الخطأ العقدى بين أن يكون متعمدا أو ينشأ بإهمال ودون تبصر .

جـ - يرى السنهورى ان مفهوم الضرر فى الفقه الإسلامى محدود وضيق إذا قورن بنظيره القانونى ، حيث إنه يعوض فى الفقه الغربى عن كل ضرر مادى أو أدبى ، وفى الضررالمادى يعوض عن كل ما يتحمله الدائن من خسارة وما فاته من ربح ، ولو كان ذلك عن منفعة أو عن عمل أو عن أى أمر آخر .. أما فى الفقه الإسلامى فإنه يشترط فى الضمان أن يكون المضمون مالا متقوما

فى ذاته وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذى يعطى بدلا عنه ، فلا تعويض عن المنافع ولا عن العمل إلا فى استثناءات محدودة .. ومن باب أولى لا تعويض عن أية خسارة تحملها الدائن أو عن أى ربح فاته إذا لم يكن هناك مال متقوم فى ذاته ضاع على الدائن(١) .

وهكذا ينسب هذا العلامة القصور فى نظرية المسئولية العقدية فى الفقه إلى ضيق الضرر وانحصاره فى الضرر المادى المتعلق بأعيان الأموال لا منافعها ولا بعمل الانسان إلا في استثناءات محدودة . ولا مناص من الالتفات إلي أن الأستاذ الباحث قد وقع في خطأ بالغ حينما نسب مذهب الأحناف في عدم ضمان المنافع باعتبارها ليست أموالا عندهم إلي مذاهب المالكية والشافعية والحنابلة ، وذلك علي الرغم من أن المنافع في هذه المذاهب الثلاثه أموال مضمونة ، ويشمل الضرر المضمون عندهم بهذا كلا من أعيان الأموال ومنافعها وأعمال الإنسان ولا يصح لهذا أن نعتقد بنسبة مفهوم الضرر الذى يأخذ به الأحناف إلى من عداهم .

وهناك مع ذلك بعض الشواهد الدالة على اعتبار الفقهاء للتعويض عن الربح الفائت أو الكسب الذى كان سيتحقق لو وفى المتعاقد بعقده . من ذلك ماروى عن أحمد بن حنبل « فى رجل استأجر أجيرا على أن يحتطب له على حمارين كل يوم ، فكان الرجل ينقل عليهما وعلى حمير لرجل آخر ويأخذ منه الأجرة ، فإن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه

---

(١) مصادر الحق ١٦٨/٦

بالقيمة . فظاهر هذا أن المستأجر يرجع على الأجير بقيمة مااستضر بانشغاله عن عمله ، لأنه قال : إن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة فاعتبر الضرر . وظاهر هذا أنه إذا لم يستضر لايرجع بشيء لأنه اكتراه لعمل فوفاه على التمام فلم يلزمه شيء ، كما لو استأجره لعمل فكان يقرأ القرآن في حال عمله ، فإن ضر المستأجر يرجع عليه بقيمة مافوّت عليه . ويحتمل أنه أراد أن يرجع عليه بقيمة ماعمله لغيره ، لأنه صرف منافعه المعقود عليها إلى عمل غير المستأجر فكان عليه قيمتها كما لو عمل لنفسه . وقال القاضي أنه يرجع عليه بالأجر الذي أخذه من الآخر، لأن منافعه في هذه المدة مملوكة لغيره ، فما حصل في مقابلتها يكون للذي استأجرها (١) .

ويدل هذا النص بشكل مباشر علي أن الأجير الذي لا يقوم بعمله المتفق عليه أو لا يؤديه مكتملا علي وجه يؤدي إلي الإضرار بصاحب العمل يكون ضامنا لهذا الضرر ، وهذا الضمان في فهم أكثر علماء المذهب الحنبلي هو شغل الذمة بوجوب تعويض صاحب المال عن الكسب الفائت أو " بقيمة ما فوت عليه " كما جاء في النص . ومفاد هذا النص بوجه العموم أن المتعاقد الذي لا يقوم بواجبه كاملا مسئول عن تعويض الأضرار الناشئة عن تقصيره ، وأن الضرر يشمل الخسارة التي لحقت به او الكسب الذي فات منه .

ويستدل علي عموم الضرر المضمون في الشريعة بقوله ﷺ :

---

(١) المغني ٥/ ٤٦٥

لاضرر ولا ضرار .

ومن أمثلة ضمان الخسارة اللاحقة " مالوا أجر حيوانا علي أنه ملكه فهلك في يد المستأجر ثم ظهر له مستحق يضمن المستأجر قيمته بحكم كونه غاصب الغاصب ، وله أي للمستأجر أن يرجع علي المؤجر بمثل ماضمن[1] " .

ويشمل الضرر المضمون في الفقه تكلفة التقاضي . بذكر ابن تيمية فيمن عليه مال ولم يوفه حتي شكي رب المال ، وغرم عليه مالا ، وكان الذي عليه الحق قادرا علي الوفاء وماطل حتي أحوج مالكه الي الشكوي ، فما غرم بسبب ذلك فهو علي الظالم الماطل إذا كان غرمه علي الوجه المعتاد[2] وهو منصوص المذهب المالكي أيضا [3] . ويعني ذلك أن الأضرار المالية الناشئة عن المماطلة والتراخي في الوفاء بالحقوق علي هذا المماطل ، لأن الظالم أولي بالحمل علية في القاعدة الفقهية .

وفي مرشد الحيران " إذا ترك الأكار (الأجير) سقي الأرض عمدا حتي يبس الزرع ضمن وقت ما ترك السقي قيمة الزرع نابتا في الأرض . وإن لم يكن للزرع قيمة تقوم الأرض مزروعة وغير مزروعة فيضمن فضل ما بينهما [4] " وكذا إذا "أخر الأكار سقي الزرع تأخيرا

---

(١) شرح المجلة لسليم رستم باز ص ٣٦٣.

(٢) مختصر الفتاوي المصرية لابن تيمية ص ٣٤٦ وانظر كشاف القناع ٣/٤١٩ .

(٣) حاشية الدسوقي ٣/٤٥٥

(٤) المادة ٦١٢

معتادا فلا ضمان عليه ، وإن أخره تأخيرا غير معتاد فعليه الضمان والمزارعة صحيحة[1] " . وفي مرشد الحيران كذلك أنه " إذا ترك حفظ الزرع حتي أكلته الدواب فعليه ضمانه ، وإن لم يرد المزارع الجراد حتي أكل الزرع مع إمكان رده ضمن وإلا فلا [2] " .وانما لا يضمن إذا لم يمكنه الدفع لانقطاع نسبة الضرر إلي فعله أو لانتفاء علاقة السببية بين الضرر والخطأ فلا يعد مسئولا .

بقيت ملاحظة أخيرة هي أن حق التعويض عن الأضرار المضمونة في العقد بمخالفة شروطه أو بالامتناع عن تنفيذه قد أصبح عرفا مستقرا في البلاد الإسلامية بعد تنظيم أحكامه في القوانين المطبقة فيها ، ويستند بعضها إلي مبادىء الشريعة الاسلامية . ويؤيد هذا العملَ بضمان العقد.

تقدير التعويض :

يرجع في تقدير التعويض عن الخسائر المتعلقه بأعيان الأموال ومنافعها إلي قيمتها ، ويعتمد القاضي علي اجتهاده في تقدير الخسائر الأخري التي لا تنضبط قيمتها علي هذا النحو . وقد يحتمل مع ذلك الاستناد إلي اتفاقات أطراف التعاقد في تقدير قيمة التعويض . ومماله دلالة في ذلك ما أفتي به بعض فقهاء المذهب الحنفي " فيمن اكتري دارا سنة بألف ، فلما مضت (أي السنة) قال ربها : إن أفرغتها اليوم وإلا عليك ألف كل يوم ، والمستأجر مقر أن الدار له ولم يفرغ ، لزمه (أى

---

(١) المادة ٦١٣

(٢) المادة ٦١٤

الألف) . قال هشام : قلت لمحمد :هلا تجعل له أجر مثلها إلي أن يتمكن من التفريغ ، وبعد التمكين عليه ما قاله المؤجر ؟ قال : هذا حسن[1] " . ووجهه أن صاحب الدار لو اتفق مع الساكن علي إخلائها في يوم معين ، وإلا كانت غرامته كبيرة ، فوافق ، كان عليه هذه الغرامة إن تأخر في الإخلاء عن الموعد المتفق عليه . وقد اقترح هشام علي محمد ألا تنفذ الغرامة إلا بعد مضي وقت يتمكن فيه المستأجر من الإخلاء فوافقه محمد . وفي هذا دلالة علي جواز تقدير التعويض في الأخطاء العقدية بالرجوع إلي إرادة الأطراف . والنتائج العملية لمثل هذا الرأي بالغة الخطر كما هو واضح .

الشرط الجزائى :

تقود المسألة السابقة إلى بحث الحكم الشرعى للشرط الجزائى الذى يتفق عليه المتعاقدان لإعماله عند قيام أحدهما بعدم الوفاء بالمعقود عليه أو بالتأخير فى تنفيذه . وذلك كالاتفاق فى عقد النقل على أنه إذا تخلف عن إتمام النقل في يوم يحدد انه لزمه دفع مائة ، أو أن الساكن إذا لم يخل الدار أو الدكان فإنه يدفع ألفا عن كل يوم تأخير .

وفى الفقه الإسلامى مايدل على تداول الفقهاء بشأنه وتجويز بعضهم لاتفاقات المتعاقدين عليه ، إعمالا للعرف الصحيح من جهة ، واستنادا إلى القول بتصحيح الشروط المقترنة بالعقد إذا لم تكن مخالفة لأصل شرعى .

---

(١) لسان الحكام لابن الشحنة ص ٣٦٥ .

يدل على ذلك ماوراه البخارى فى صحيحه عن ابن سيرين أن رجلا قال لمكريه أى لأجيره : « أدخل ركابك ، فإن لم أرحل معك يوم كذا أو كذا فلك مائة درهم . فلم يخرج . فقال شريح : من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه . »

وقد اشترط بعض المالكية لتجويز الشرط الجزائى ألا يفضى إلى الربا ، من ذلك أن يقترض منه ألفا على أنه إذا لم يف بالقرض يوم كذا فعليه ألف لكل شهر يتأخر فيه عن الوفاء .

ويندرج هذا الشرط كذلك على مذهب الحنابلة فى تصحيح الشروط المقترنة بالعقد ، لأن الشرط لصحتها هو ألا تناقض أصلا شرعيا ، والوقوع فى الربا بكل صوره مما يحرم . والموضوع بحاجة إلى دراسة مستقلة [1] .

*****

---

(١) راجع زكي الدين شعبان ، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون ، الطبعة الأولي ١٩٦٨ والمدخل الفقهي العام للزرقا ص ٧١٣ وما بعدها ومجلة البحوث العلمية ، اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية ، المجلد الأول والعدد الثاني

الفصل الثامن

انحلال العقد

تقديم :

يقصد بانحلال العقد زواله Dissolution بعد انعقاده صحيحا نافذا وقبل تمام تنفيذه ، فيفترق بهذا عن انقضاء العقد Extinction الذى يعنى قيام كل متعاقد بتنفيذ ما يرتبه العقد من الالتزامات ووصول العقد الى نهايته المرجوة لكلا الطرفين . اما انحلال العقد فيفيد انتهاء العقد قبل تنفيذ الالتزامات الواجبة به أو قبل تمام تنفيذها .

ويختلف انحلال العقد عن إبطاله ، من جهة أن العقد الذى يقبل الانحلال هو العقد الصحيح النافذ .أما العقد الذى يجرى إبطاله Annul-ment فيختص بما لم يستكمل شروط انعقاده ولا يقبل الفسخ ولا التقايل لأنهما من أحكام العقد الصحيح ويكون اثر الإبطال اعتبار العقد كأن لم يكن ، كما تقدم فى تعريف العقد الباطل . اما الانحلال فقد يكون له أثر رجعى ، ولا يرد إلا على العقد الصحيح النافذ

وإنما ينحل العقد بأحد أمرين ، أولهما : الإقالة ، والثانى : الفسخ وأوجز أحكام كل منهما فيما يلى فى مبحث خاص به.

المبحث الأول

الإقالة

التعريف :

الإقالة تعنى الرفع والإزالة ، وفى الاصطلاح : رفع العقد وإلغاء حكمه وآثاره بتراضى الطرفين واتفاقهما . وفى بهذا اتفاق بين العاقدين على رفع جميع أحكام العقد وآثاره واعتباره كأن لم يكن بالنسبة للمستقبل. من ذلك أنه إذا اتفق محمد وأحمد على بيع سيارة الأول إلى الثانى بألف ، ثم بدا لهما ان يرجعا عن العقد ورد الحال الى ما كان عليه، فإن لهما ان يتقايلا هذا العقد ، فيقول أحدهما أقيلك من هذا العقد ويقبل الآخر .

والإقالة بهذا عقد جديد يرد على العقد السابق بفسخه ، أو هو عقد مستأنف يتفق فيه المشترى على بيع السلعة الي من كان باعها من قبل بالثمن الذى اشتراها به منه .

ويشترط لصحة الإقالة الشروط التالية :

١- رضا المتقايلين ، لأنها رفع عقد لازم فلابد من رضا الطرفين .

٢- أن تكون الإقالة فى عقد من العقود القابلة للفسخ ، كالبيع والإجارة .

أما مالا يقبل الفسخ كالنكاح فلا تجرى الإقالة فيه .

٣- بقاء المعقود عليه فى العقد السابق ، أما لو كان قد هلك فلا تصح الإقالة فيه ، لانتهاء العقد السابق إذا كان الهلاك قبل القبض ، وعدم القدرة على التنفيذ لو كان الهلاك بعده . وقد جاء فى المادة ١٨٣من القانون العراقى أنه يلزم أن يكون المعقود عليه قائما وموجودا فى يد العاقد وقت الإقالة .

٤- عدم الزيادة فى الإقالة عن الثمن الأول ، لأنها رفع لما كان ببدله الخاص به .

ما هية الإقالة :

اختلف الفقهاء فى تحديد ماهية الاقالة إلي أقوال كثيرة[1] منها :

١- اعتبارها فسخا فى حق العاقدين وغيرهما ، ينحل به العقد ، بناء علي أن هذا هو ما يفهم من اللفظ فى اللغة . وهذا هو رأي الشافعية والحنابلة وزفر والحسن . ويترتب على هذا الرأى أن الزيادة على الثمن الأول باطلة ، كما أنه لا يجوز للشريك أو الجار أن يطالب بالشفعة بعد الإقالة إذا فاتته المطالبة بها فى عقب العقد السابق .

٢- اعتبارها عقدا جديدا فى حق العاقدين وغيرهما إلا ألا يمكن أن تجعل كذلك فتحمل على اعتبارها فسخا . وإنما لا يمكن اعتبارها

---

(١) بدائع الصنائع ٥/٣٠٦ وما بعدها

عقدا جديدا اذا جرت فى البيع قبل قبض المبيع (المنقول على مذهب الأحناف أو من مواد الطعام على مذهب المالكية ، حيث لا يجوز بيع ذلك إلا بعد القبض) فتحمل على أنها فسخ . وهذا مذهب أبى يوسف والمالكية .

٣- اعتبارها فسخا فى المتعاقدين بيعا فى حق غيرهما ، وهذا هو مذهب أبى حنيفة الذى رجحه القانون المدنى الأردنى ، نزولا على الواقع بين الطرفين من ناحية وحماية للغير من ناحية أخرى.

من يملك الإقالة :

تنعقد الإقالة بالإيجاب والقبول من المتعاقدين نفسيهما ، كما أن للورثة الحق فى إجراء الإقالة كذلك . وليس للوكيل بالاستثمار ان يقيل في البيع والإجارة بدون إذن الموكل ، طبقا لما جاء فى المادة ١٤٩٣ من المجلة العدلية . وتصح أيضا إقالة الفضولى وتتوقف على إجازة صاحب الشأن .

احكام الإقالة :

يترتب على الإقالة انحلال العقد فيرتفع حكمه ، ولذلك يجب أن يكون المعقود عليه قائما حتى ترد عليه الإقالة طبقا لما تقدم .

وينتهى بانحلال العقد وارتفاع حكمه ما يتعلق به ، كما لو كان قد باع بثمن مؤجل أخذ البائع به كفيلا وتقايل المتعاقدان البيع فإن الكفالة تنتهى هى الأخرى

وحكم الإقالة أنها بيع جديد فى حق الغير ؛ ولذا لو كان المبيع عقارا

فأسقط الشفيع شفعته ، ثم تقايلا فطلب الشفيع الشفعة عند علمه بالإقالة قضى له بها لكونها بيعا جديدا وكذا لو باع خالد بضاعة لأحمد ، ثم باعها أحمد لزينب ثم اتفقت معه على إقالتها ، فاكتشف أحمد بالبضاعة عيبا قديما كان بالسلعة عندما عندما أخذها من خالد ، فليس لأحمد أن يرده بخيار العيب ، لأن الإقالة بيع جديد فى حق خالد، ويتمسك بهذا .

ويثبت فى الإقالة خيار الشرط وخيار العيب ، فلو وجد البائع عيبا حدث عند المشترى ولم يعلم به وقت الإقالة كان له أن يرد المبيع على المشترى .

المبحث الثانى

فسخ العقد

تعريف :

الفسخ هو رفع العقد الصحيح اللازم لجانبى التعاقد نظرا لتخلف أحدهما عن الوفاء بالتزامه لسبب أجنبى لا يد له فيه أو لعذر أو لآفة سماوية وقد يقع الفسخ بتراضى الطرفين أو بحكم الشرع أو بقضاء القاضى.

ويختلف الفسخ عن الدفع بعدم التنفيذ للعقد من جهة أن الفسخ هو حل العقد بعد انعقاده ، ونتائجه أدق وأخطر ، أما الدفع بعدم التنفيذ فليس إلا وقفا لتنفيذ العقد مع استمرار بقائه . ويلاحظ المرحوم السنهورى ملاحظة ذات مغزى حين يقرر أن الفقه الاسلامى يعرف نظرية الفسخ ولكنه فى غير الأحوال التى يكون العقد فيها غير لازم بطبيعته أو غير لازم لقيام خيار فيه يضيق من المدى الذى تفسخ فيه العقود تضييقا ملحوظا.. وعلى النقيض من ذلك يتوسع الفقه الاسلامى توسعا كبيرا فى إقرار الدفع بعدم تنفيذ العقد فى صورته الخاصة ، وفى الصورة العامة التى يسمى فيها بالحق فى الحبس . وسبب ذلك واضح ؛ فإن فسخ العقد أمر خطير فوجب الاحتراز منه والتضييق فيه ماأمكن . أما الدفع بعدم تنفيذ

العقد فليس فيه حل للعقد ، بل هو وقف لتنفيذه ، ومن ثم كان أقل خطرا فجاز التوسع فى إقراره [1]

وقد تقدمت الإشارة إلى حق البائع فى حبس المبيع بما يوضح هذا الحق[2] .

أنواع الفسخ :

يمكن التمييز بين أنواع الفسخ التالية :

١- الفسخ في العقود الجائزة : العقود الجائزة كما تقدم هي العقود التي أعطى الشارع الحق فيها لأحد المتعاقدين بالاستقلال بالفسخ، دون توقف على رضا الطرف الآخر.

من ذلك مايقع في عقود التبرعات كالعارية والقرض ؛ فإن للمعير والمقرض الرجوع في العارية والقرض ومطالبة المعير والمقرض بالرد . والأمر في الوكالة بغير أجرة في الفقه على هذا أيضا ، فيجوز للوكيل الرجوع في الوكالة وإنهاء عقده شريطة إعلام الموكل بهذا . وعقود المشاركات من العقود الجائزة .أما المعاوضات كالبيوع والإجارة والتوثقات كالرهن والكفالة والحوالة والنكاح فهي عقود لازمة .

---

(١) مصادر الحق ٦/٢١٥ .

(٢) انظر المواد ٢٧٩ ـ ٢٨٤ من المجلة العدلية والمادة ٣٢٩ من المجلة الشرعية ، والمادة ٤٥٤ وما بعدها من مرشد الحيران .

وإنما يجوز الفسخ في العقود الجائزة إذا لم يضر ذلك بالعاقد الآخر الذي وقع الفسخ في حقه أو في حق الغير أو أمكن استدراك الضرر بضمان أونحوه . وهذا هو نص ما جاء في القاعدة الستين من قواعد ابن رجب الحنبلي : « التفاسخ في العقود الجائزة متي تضمن ضررا علي أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يجز ، إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه فيجوز علي ذلك الوجه [1] ».

ومن تطبيقات ذلك أنه لا يجوز عزل المضارب المستثمر للمال إذا كان ما يزال بضاعة ، وينتظر عليه إلي أن يقوم بتنضيضه (تسييله وتحويله إلي نقود) ، حتي تمكن قسمته ومعرفة مقدار الربح الخاص بالمال وبالعمل . وكذا يجوز فسخ الجعالة ، وصورتها أن يقول من وجد سيارتي المفقودة فله ألف ، ويعطي من بدأ العمل أو البحث عن هذه السيارة كما في المثال المذكور أجرة مثله علي ماعمل .

٢- الفسخ في العقود الغير اللازمة لقيام حق الخيار فيها : عقود المعاوضات من العقود اللازمة التي لا يستقل أحد طرفيها بتعديل أحكام العقد ولا نقضه . غير أنه إذا ثبت الخيار فيها لحق أحد العاقدين أو لكليهما كان لمن له الحق في الخيار أن يستقل بفسخ العقد دون اشتراط رجوعه إلي موافقة الطرف الآخر . وقد سبق

(١) القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب ص ١١١ - ١١٣ .

توضيح ذلك في تناول خيار الشرط والرؤية والعيب والتعيين .

٣- الحق في الفسخ لعدم التنفيذ : إذا لم يقم أي من الطرفين بتنفيذ الواجب عليه علي الرغم من استعداد الطرف الآخر لتنفيذ ما وجب عليه فإنه يحق لهذا الطرف الآخر أن يتجه إلي المطالبة بفسخ العقد ورفع حكمه إلا إذا أمكن إجبار الطرف الممتنع عن التنفيذ علي أداء الواجب به ، منعا للإضرار به فيما لو اضطر إلي تعليق العقد وانتظار موافقة الطرف الآخر علي التنفيذ .

وهكذا لا يحق لأي من الطرفين أن يبادر إلي المطالبة بفسخ العقد ، لمناقضة ذلك للقاعدة الشرعية القاضية بإيجاب الوفاء بالعقود ، وإنما الواجب عليه هو السعي إلي تنفيذ الواجب عليه .. غير أنه إذا لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه بأي سبب كان جاز له أن يطالب بفسخ العقد، إلا إذا أمكن إجباره علي الوفاء بما وجب عليه فيلجأ إلي جبره ولا يقضي بالفسخ في هذه الحالة ، وفي هذا يختلف الفقه الإسلامي عن التفكير القانوني الغربي .

توضيحه أنه إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن فإنه يجبر عليه ولا يطالب البائع بفسخ البيع [١] . ولا يثبت للبائع الحق في الفسخ إلا إذا كان اشترطه في العقد بالاتفاق علي ما يسمي (خيار النقد) ، وصورته أن يتفق المتبايعان في عقد البيع علي أن المشتري إذا لم ينقد الثمن خلال يومين أو ثلاثة أيام كان للبائع الحق في فسخ العقد ، ويلزم البيع إن أدي

---

(١) مرشد الحيران ، مواد ٤٨١ - ٤٨٥ .

المشتري الثمن خلال المدة المتفق عليها وإلا فسد البيع .

ومنه أيضا أن المستأجر إذا اتفق علي نقل بضاعة من القاهرة إلي الاسكندرية علي سيارة غير معينة ، وتعطلت السيارة المنقول عليها البضاعة في الطريق فإن الناقل يلتزم بنقل البضاعة إلي المكان المتفق عليه، ويجبر علي ذلك ، ولا يطالب الطرف الآخر بالفسخ لقيام حقه في الجبر علي التنفيذ . أما إذا كان الاتفاق علي النقل بسيارة معينة مجهزة تجهيزا خاصا وتعطلت في الطريق فإن صاحب البضاعة يخير بين الانتظار إلي حين إصلاح السيارة أو الفسخ للعقد .(١)

وهناك مع ذلك بعض الشواهد الدالة علي جواز المطالبة بالفسخ في الأحوال التي لم ينعدم فيها إمكان الإجبار علي التنفيذ . من ذلك مسألة الجمّال الذي هرب قبل الوفاء بعقد النقل والتي أوردتها بنصها من كتاب المغني قبل قليل ، فقد جاز له أن يطالب بفسخ العقد مع إمكان التنفيذ عليه بالاستدانة من مال صاحب البضاعة المتفق علي نقلها . والمعيار في ذلك هو تعذر الإجبار علي التنفيذ أو عدم تيسره أو إضراره بمصلحة المتعاقد .

شروط الحق في الفسخ :

يجوز لأحد المتعاقدين المطالبة بالفسخ بالشروط التالية :

١- أن يكون العقد ملزما للجانبين ، ويسري هذا الشرط علي الفسخ

---

(١) المواد ٥٩٨ من مرشد الحيران ، ٥٣٨ من المجلة العدلية .

بحكم قضائي أو باتفاق الطرفين ، لأن مبني الفسخ علي مبدأ الارتباط بين الالتزامات المتقابلة . وإنما يتحقق هذا المبدأ فى العقود اللازمة لا الجائزة التى لا تتقابل فيها الالتزامات لكونها فى اكثرها من عقود التبرعات أو الأمانات

٢- عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه سواء كان عدم التنفيذ راجعا إلى سبب اجنبى لا دخل للممتنع فيه أو إلى خطئه

٣- إبداء طالب الفسخ استعداده لتنفيذ الواجب عليه أو قيامه بتنفيذ ما وجب عليه أما إذا لم يبد استعداده لهذا التنفيذ فإن امتناع الطرف الآخر عن تنفيذ ما وجب عليه يكون امتناعا مشروعا ولا تحق المطالبة بالفسخ بناء على مثل هذا الامتناع

٤- ألا يكون الإجبار على التنفيذ ميسرا على نحو يحقق المصالح المرجوة من العقد . أما إن كان الإجبار على التنفيذ ميسرا ويحقق مصالح المتعاقدين فلا يعدل عنه إلى المطالبة بالفسخ ، بناء على أن كلا العاقدين مخاطب بواجب الوفاء بالعقد .

ولم يشتوط القانون المدنى الأردنى والعراقى هذا الشرط الأخير .

فسخ العقد وانفساخه :

يفترق فسخ العقد عن انفساخه ، حيث أن الانفساخ يتحقق تلقائيا دون حاجة إلي تراض أو قضاء قاض . وذلك أن الانفساخ إنما ينشأ إذا هلك محل العقد هلاكا كليا ، حيث ينعدم العقد لانعدام محله . من ذلك أنه

إذا استأجر أرضا لزراعتها فطغى النهر عليها واصبحت زراعتها غير ممكنة فإن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه . وكذا لو استأجر دارا فانهدمت[1] . ومنه يتضح أن الانفساخ لا يحصل بالتراضي بخلاف الفسخ الذى قد يجرى بالاتفاق عليه بين طرفي العقد . ومن جهة أخرى فإن الفسخ قد يفتقر إلى حكم القاضي بخلاف الانفساخ الذى لا حاجة به لذلك .

(١) الفروق للقرافي ٢٦٩/٣ في الفرق الخامس والتسعين والمائة بين قاعدة الفسخ وقاعدة الانفساخ .